أحكام ضمان العارية

«دراسة مقارنة»

مع الاهتمام بالبحث المتعمق فى الفقه الإسلامى

دكتور

محمد محى الدين إبراهيم سليم

استاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

بسم الله الرحمن الرحيم



مقدمة

- عقد العارية من العقود شديدة الأهمية فى حيـــاة الانســان نظرا لتعدد حاجاته وقلة موارده فيلجأ إليه لإشباع بعضـــها دون أن يغرم فى مقابل ذلك فهو مظهر من مظاهر التراحم والتماسك بيـــن أفراد المجتمع إذ أن شيوع ظاهرة تبادل المنافع بالمجـــان خاصـــة وقت الأزمات الإقتصادية يرسخ علاقات الود والتلاحم بين النـــاس بما يجعل عقد العارية أحد سبل الترابط الاجتماعى والتفضل علـــى الآخرين .

- وعقد العارية ليس من العقود المستحدثة بل عرفته الشرائع القديمة خاصة القانون الرومانى فنشأت العارية فى بدايتها بإعتبارها من عقود التبرع فيما بين الأصدقاء والأقارب [١] ثم تطورت واتسع نطاقها لتشمل غير هؤلاء وإن كان الإعتبار الشخصى مازال هـــو المحرك الأساسى للإعارة .

- ولقد تناول المشرع عقد العارية فى المـــواد (٦٣٥ - ٦٤٥) من القانون المدنى ورغم أهمية هذا العقد إلا أن الكتابة فيـــه قليلـــة جداً مع أننا فى مسيس الحاجة لمثله فى أوقاتنا تلك التـــى تســـودها

---

(١) د. شفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، ص ٩٤ .

الأزمات الإقتصادية فكان من الواجب تشجيع ابرام مثل هذا العقد وبيان أهميته حثاً لمن لديهم وفرة فى الأموال أن يعيروا بعضها لمن ليس لديهم الوسيلة لإشباع بعض احتياجاتهم .

– وعلى العكس من ذلك الفقه الإسلامى الذى عالج فقهاؤه عقد العارية باستفاضة لأن من مبادئ شريعتنا الغراء الحث على أن يعد من لديه فضل مال على من لا مال عنده والعارية من عقود التفضل ولذلك نجد لها متسعاً فى أبواب فقه المعاملات إضافة لذلك يجد عقد العارية ركيزته الأساسية فى تلك الموجهات من الكتاب والسنة التى تحض على الإحسان والتفضل .

– من ذلك قوله تعالى : «وأحسنوا إن الله يحب المحسنين » .[٢] ومن الإحسان أن يبذل المرء فضل ماله إلى من يحتاج إليه ينتفع به ويرده بعد ذلك .

– وقوله تعالى محذرا من يمسك ماله عن منفعة أخيه رغم أن الله سبحانه وتعالى أعطاه بسطة فيه تفيض عن حاجته فيقول عز وجل «ويمنعون الماعون» [٣] .

([٢]) اخر الآية (١٩٥) من سورة البقرة .

([٣]) سورة الماعون آية (٧) .

– ولقد فسر بن عباس الماعون على أنـه العـوارى (جمـع عارية) وفسره إبن مسعود بأنه القدر والميزان والدلو أى سائر مـا عند الإنسان للإنتفاع به فيجب عدم منعه عن الآخرين بأن يعار لهم للإنتفاع به ورده بعد ذلك [٤].

– وقوله صلى الله عليه وسلم : «أربعون خصلة - أعلاهـن منيحة العنز - ما من عامل يعمل بخصلـة منـها رجـاء ثوابـها وتصديق موعودها إلا أدخله الله بها الجنة » [٥] .

– والمقصود بذلك عطية الناقة أو الشاة - أو العنز من اللبـن والوبر يعطيها الرجل للرجل ينتفع بها زمنا كعارية ثم يردها وهـى من جملة خصال من حرص على أداء واحدة منها أدخله الله الجنة. وما ورد بالحديث أصل يقاس عليه سائر أسباب المنافع .

– وهكذا نجد الشريعة الإسلامية تدعو إلى كثرة فعل الخـير بهدف تكوين مجتمع إسلامى قوى متين مصداقاً لقولـه صلـى الله عليه وسلم : «مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم كمثـل الجسـد

---

(٤) تفسير القرطبى جـ ١٠ ص ٧٥٥٧ – طبعة دار الغد العربى .

(٥) فتح البارى بشرح صحيح البخارى – طبعة دار الريـان للـتراث جـ٥ ص ٢٠٨٧– وسيأتى شرح الحديث تفصيلا عند تناول الحكمة من مشروعية العارية .

الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى » وقوله عليه الصلاة والسلام : «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً » .

– والشريعة الإسلامية غنية بعناصر لو وجدت من يهتم بها ويحسن صياغتها لخرج منها تشريع ملائم لزمانه موفيا بحاجات الناس لا يدانيه تشريع وضعى آخر .

– يضاف لذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية قد وفت بحاجات التشريعات العربية على امتداد زمن ليس بالقصير فكيف لا نستعين بها الآن ونحن أحوج ما نكون لفقه شريعتنا الغراء فهى بحر ملئ بنفيس الكنوز العلمية ويحتاج فقط من يوليه الاهتمام ويغوص فيه لاستخراج تلك النفائس وكأنى بذلك أتمثل قول الشاعر وهو يتأمل ما وصل إليه حال اللغة العربية من إهمال وصل حداً يخشى منه على لغة الضاد ويتصور أنها ترثى نفسها فى قصيدة من روائع الشعر العربى نذكر منها [٦] .

وسعت كتاب الله لفظاً وغاية

وما ضقت عن آى به وعظات

---

(٦) من قصيدة الشاعر حافظ إبراهيم وهو يعبر عن لسان اللغة العربية .

فكيف أضيق اليوم عن وصف آلة

وتنسيق أسمـــاء ومخترعـــات ؟

أنا البحر فى أحشائه الدر كامــن

فهل سألوا الغواص عن صدفاتى ؟

– فاللغة العربية التى هى لغة القرآن الكريـــم عـــبرت عنـــه ووسعت ألفاظه ومدلولاته ومعانية وهو الكتاب الذى حوى خبر من قبلنا ونبأ من بعدنا ونظم أمور الدين والدنيا فلغة كهذه لن تعجز عن أن تتسع لتسمية المخترعات الحديثة كل ما فى الأمر أن يســتعملها أهلها ولايهملونها فكأنها كالبحر الملئ بالكنوز التى تكون سبباً فـــى ثراء من يقتنيها ولكن عليه أن يغوص فى البحر لكى يستخرجها .

– وكذلك الفقه الإسلامى انحسرت دائرة الاستفادة من قواعـده ووصل الأمر حداً يخشى منه - لا قدر الله - على اندثـــار معظـــم مبادئه لعدم الرغبة فى الغوص فى بحره لاستخراج نفائسه ونرجـو أن يأتى اليوم الذى تستغرق فيه مبادئ فقهنا الأغـــر كـــل منـــاحى حياتنا القانونية .

- ونظراً لاتساع وتشعب موضوعات العارية ودقتها فإننا نقصر موضوع البحث على معالجة التزام المستعير بضمان العارية والذى يجب أن يسبقه الكلام عن أساس هذا الالتزام .

- وعلى ذلك نقسم البحث إلى فصلين نسبقهما بفصل تمهيدى على النحو التالى :

- الفصل التمهيدى : عموميات

- الفصل الأول : أساس التزام المستعير بالضمان .

- الفصل الثانى : التزام المستعير بالضمان .

عموميات

- أولاً - التعريف بعقد العارية : (٧)

- يبين من جماع أقوال الفقهاء أن العارية هى : « تمليك المنافع بلا عوض » (٨) أو هى : «إباحة

---

(٧) يقول صاحب لسان العرب:العارية والعارة ما تداولوه بينهم وقد أعاره الشيء أو أعاره منه وعاوره إياه والمعاورة والتعاور:شبه المداولة والتداول فى الشيء يكون بين اثنين-لسان العرب لإبن منظور-طبعة دار المعارف ص٣١٦٨.

ولقد عرف القانون الرومانى عقد العارية وهو يلى القرض فى الأهمية فالأخير هو عارية الاستهلاك إلى جوار عارية الاستعمال والأخيرة كانت كذلك من عقود قانون الشعوب. وكانت من العقود العينية أى أن التسليم ركن لايقوم العقد بدونه.

ولقد تناول الفقيه جوستنيان العارية فى متونه بقوله « وكذلك من أخذ شيئا لإستعماله أى من أخذه بصفة عارية يترتب عليه التزام وليد الشيء وتمكن مخاصمته بدعوى العارية ولكن حاله تختلف عن حال من أخذ قرضا اختلافا عظيما فإن الشيء لم يعط له على سبيل التمليك ولذا فهو ملزم برد الشيء بعينه» .

ولقد تطورت العارية فى القانون الرومانى فلم تكن فى البداية من العقود الملزمة فباعتبارها تبرع نشأت بداية بين الأقارب والأصدقاء وحينما ظهر التصرف الائتمانى كان المعير يملك العارية للمستعير على أن يلتزم الأخير بردها ثم بعد أن تطور القانون كان المعير ينقل الحيازة فقط للمستعير مع بقاء الملكية له .

- أنظر : د. شفيق شحاته - نظرية الالتزام فى القانون الرومانى ص ٩٣ وما بعدها.

(٨) مرشد الحيران مادة : ٣٧٣ .

الإنتفاع بما يحل الإنتفـــاع به مع بقاء عينـــه» [٩] . أو هـــى : «إباحـــة الانتفاع بعين من أعيان المـــال » [١٠] .

– ولقد تناولت المادة (٦٣٥) من القانون المدنى تعريف عقـد العارية أن : «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شـيئاً غير قابل للإستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غـوض معين على أن يرده بعد الاستعمال » .

– من استعراض كل من التعريف الفقهى والقـــانونى يبيـن الاتفاق بين كل من القانون المدنى والفقه الإسلامى على أن العارية من عقود التبرعات لأن المعير لا يأخذ مقابلاً لها [١١] .

– والعارية وإن لم تكن هبة بالمعنى القانونى إلا أنـــها تمنـح أحد المتعاقدين منفعة من قبل المتعاقد الآخر بلا مقابل [١٢] .

---

[٩] مغنى المحتاج حـ٢ ص ٢٦٣ .

[١٠] المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٣٤٠ .

[١١] د. محمد كامل مرسى – العقود المدنية الصغيرة ص ٢٣٨ ، د. محمود جمـال الدين زكى – العقود المسماة ، ص ٦١ مقروءة مع هامش (١) .

[١٢] د. محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديـد – العقـود المسـماة ط ١٩٤٩ ص ١٠٤ .

- وأهم ما يميز العارية أنها عقد رضائى وليس شكلياً ولا عينياً لأنه لا يشترط - حتى ينعقد العقد - تسليم العارية إلى المستعير بل التسليم مجرد التزام يترتب فى ذمة المعير كأثر لإنعقاد العقد . وذلك على عكس التقنين المدنى القديم إذ كانت العارية فى ظله من طائفة العقود العينية فكانت تعرف حينئذ بأنها عقد يسلم به أحد العاقدين (المعير) المتعاقد الآخر (المستعير) شيئاً ليستعمله زمناً محدداً ثم يرده أو يرد مثله [١٣] . وهو ما كان يسمى بعارية الاستهلاك إلى جانب عارية الاستعمال فجاء التقنين المدنى الجديد وميز بينهما فعارية الاستعمال هى الواردة على الانتفاع وعارية الاستهلاك هى القرض [١٤].

---

(١٣) د. محمد كامل مرسى – العقود المدنية الصغيرة – ص ٢٣٨ .

(١٤) د. السنهورى – الوسيط – العقود الواردة على الانتفاع بالشيء – الايجار والعارية ص ١٥١١ .

ويلاحظ أن القانون الرومانى كان يعتبر عارية الاستعمال من العقود العينية ومن عقود حسن النية كذلك وكان القرض هو أول عقد عينى يظهر فى القانون الرومانى وبمقتضى صفة العينية فى العقد كان التسليم يعتبر ركنا لاينهض العقد بدونه .

انظر : د. محمد عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون الرومانى ص ٥٣١ ومابعدها ، د.محمد كامل مرسى السابق ، ص ٢٤٣ .

- والعارية كذلك ليست من العقود الشكلية إذ لا يشترط إفراغها فى شكل معين بل يكفى التراضى لانعقادها .

- وأخيراً تعتبر العارية من عقود التفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرجها من ملكيته [١٥] .

ثانياً : مشروعية العارية والحكمة من ذلك : -

- انعقد الإجماع بين فقهاء المسلمين على مشروعية العارية وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة كثيرة على النحو التالى : -

١ - قوله تعالى : «ويمنعون الماعون» [١٦] وقد روى ابن عباس وابن مسعود أن المقصود بالماعون العوارى (جمع عارية) وفسرها بن مسعود بأن المقصود بالماعون هو القدر والدلو

([١٥]) هناك فارق جوهرى بين كل من عقود التفضل والهبات : فعقود التفضل يعطى فيها المتبرع للمتبرع له فائدة دون أن يخرج الشىء من ملكيته كالعارية.
أما الهبات فتعنى أن يخرج المتبرع (الواهب) المال من ملكيته كعقد الهبة .
أنظر : د. السنهورى : الوجيز فى القانون المدنى جـ١ ص ٤٤ مقروءة مع هامش (٢) ص ١٩٩٧ .

([١٦]) سورة الماعون آية (٧) .

والميزان أى سائر ما عند الإنسان للإنتفاع به فيجب عدم منعه عن الآخرين بأن يعار إليهم للإنتفاع به ورده بعد ذلك [١٧] .

---

(١٧) قال القرطبى فى تفسيره لتلك الآية أن لفظ الماعون فيه إثنا عشر قولاً : **الأول** : أنه زكاة أموالهم والخطاب للمنافق الذى يرائى حين يصلى وإن فاتته الصلاة لايندم عليها ويمنع الماعون أى الزكاة . **الثانى**: الماعون هو المال فى لغة قريش . **الثالث**: أنه اسم جامع لمنافع البيت كالفأس والقدر والنار وما أشبه ذلك . **الرابع** : الماعون هو كل ما فيه منفعة حتى الفأس والقدر والقداحة والدلو وكل ما فيه منفعة من قليل أو كثير . **الخامس**: أنه العارية . **السادس** : أنه المعروف كله الذى يتعاطاه الناس فيما بينهم **السابع** : أنه الماء والكلأ . **الثامن**: أنه الماء وحده . **التاسع** : أنه منع الحق . **العاشر**: أنه ما يستغل من منافع الأموال مأخوذ من المعن وهو القليل وأصل الماعون من القلة والمعنى : الشىء القليل تقول العرب : ماله سعنة ولامعنة أى شىء قليل فسمى الله سبحانه وتعالى الزكاة والصدقة ونحوهما من المعروف ماعونا لأنه قليل من كثير . **الحادى عشر** : أنه الطاعة والانقياد وقيل : هو ما لا يحل منعه كالماء والملح والنار لأن عائشة رضى الله عنها قالت : قلت يا رسول الله ما الشئ الذى لا يحل منعه ؟ قال: الماء والنار والملح قلت : يا رسول الله : هذا الماء فما بال النار والملح ؟ فقال : «يا عائشة من أعطى نارا فكأنما تصدق بجميع ما طبخ بتلك النار ومن أعطى ملحاً فكأنما أعتق ستين نسمة ومن سقى شربة من الماء حيث لايوجد فكأنما أحيا نفساً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً . **الثانى عشر**: أنه المعونة بما خف فعله وقد ثقله الله. والله أعلم .

– تفسير القرطبى جـ ١٠ ص ٧٥٥٧ ومابعدها .

٢ - قال صلى الله عليه وسلم فى خطبة حجة الوداع : «العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم»[١٨].

- وكذلك ما ورد بحديث صفوان بن أمية أنه قال : «أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه دروعاً يوم غزوة حنين فقال : «أغصباً يا محمد» قال : «لا بل عارية مؤداة » [١٩] .

- ومضمون ما جاء منه الحديثين السابقين يدل على مشروعية العارية وأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لجأ إليها لإحتياجه للدروع يوم حنين فكانت بمثابة عارية مضمونة ومؤداة عند الانتهاء من الغرض الذى استعيرت من أجله .

٣ - أجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً وإذا ثبت هذا فإن العارية مشروعة ومندوب إليها [٢٠] .

---

(١٨) أخرجه الترمذى حـ ٥ ، ص ٢٦٩ .

(١٩) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٥ ،ص ٣٣٧ .

(٢٠) المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٣٤٠ .

الحكمة من مشروعية العارية :

- من بين مبـــادئ الإســلام حــض المسلمين على ضرورة التعامل فيمـــا بينـــهم بالحســنى والمــودة والرحمة وقد كان الله سبحانه وتعالى قادراً على أن يخلـــق النـــاس متساوين فى المال والجاه والعافية إلا أنه أراد - ولا راد لمشــيئته - أن يخلقهم متفاوتين للإختبار حتى يميز الخبيث من الطيب وحبـــب لخلقه فعل الخير وصلة التراحم بينهم والأدلة على ذلك كثيرة مـــن ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « ما زال جبريل يوصينـــى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » . أى يجعله من جملـــة الورثـــة وذلك لعظم شأن علاقة الجوار وقوله أيضاً : «من كان عنده فضـل ظهر فليعد به على من لاظهر له » . أى من كان لديه زيادة فـــى الدواب فليعر أخاه دابة منها يقضى بها مصالحه ثم يعيدها لصاحبها مرة أخرى وهذا الحديث يمثل أصلاً يقاس عليه بسائر وسائل التنقل من السيارات وخلافه.

- والعارية من أوسع أبواب البر والخير فهى عقد تبرع بدون مقابل بمقتضاه يسلم المعير جزءاً من ماله إلى المستعير ينتفع بـــه مدة زمنية معلومة على أن يرده فيما بعد وبذلك يتحقـــق الـــترابط

والتعاون بين أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم ويضيق نطاق البخل والشح إلى أن يوصد هذا الباب نهائياً أو يكاد .

– ولعل من أهم ما قيل فى مشروعية العارية فى حديث مُسَدَدُ عن عيسى بن يونس عن الأوزاعى عن حسان بن عطية عن أبى كبشة السلولى قال سمعت عبد الله بن عمر رضى الله عنهما يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : «أربعون خصلة - أعلاهن منيحة العنز - ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها إلا أدخله الله بها الجنة » (٢١) .

---

(٢١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٢٨٧ (كتاب الهبة) .

والمنيحة هى العطية وهى عند العرب على وجهين : أحدهما أن يعطى الرجل صاحبه صلة فتكون له والآخر أن يعطيه ناقة أو شاة ينتفع بحلبها ووبرها زمنا ثم يردها .

والمراد بالمنيحة عارية ذوات الألبان ليؤخذ لبنها ثم ترد لصاحبها والعنز هى واحدة المعز .

وقال حسان لما سمع الحديث : فعددنا ما دون منيحة العنز من رد السلام وتشميت العاطس وإماطة الأذى عن الطريق ونحوه فما إستطعنا أن نبلغ خمس عشرة خصلة ومعلوم أنه كان صلى الله عليه وسلم عالماً بالأربعين خصلة وإنما لم يذكرها لمعنى هو أنفع لنا من ذكرها وذلك خشية أن يكون التعيين لها مزهداً فى غيرها من أبواب البر .

==

- ولقد حبب سيدنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فـــى العارية زيادة فى أواصر الحب والتراحم بين المسلمين وبين ثوابـها العظيم عند الله سبحانه وتعالى فعن أبى هريرة رضــــى الله عنــه وأرضاه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وســلم قــال : «نعــم المنيحة اللقحَةُ الصفىُ تغدو بإناء وتروح بإناء » (٢٢) .

== وقال حسان : وقد بلغنى أن بعضهم تطلبها فوجدها تزيد على الأربعيـــن فمــا زاده : إعانة الصانع والصنعة للأخرق واعطاء شسع النعل والستر على المسـلم والذب عن عرضه وإدخال السرور عليه والتفسح فى المجلس والدلالــــة علــى الخير والكلام الطيب والغرس والزرع والشفاعة .وعيادة المريض والمصافحــة والمحبة فى الله والبغض لأجله والمجالسة لله والتزاور والنصح والرحمة وكلــها فى الأحاديث الصحيحة .

ولقد ورد فى لسان العرب : منحة الناقة أى جعل له وبرها وولدها ولبنـــها وهــى المنحة والمنيحة ولاتكون المنيحة إلا المعارة للبن خاصة تعطيها غيرك يحتلبــها ثم يردها عليك وفى الحديث : «من منح منحة ورق أو منح لبنــا كــان كعتــق رقبة» . ويراد بمنحة الورق القرض أو أن يمنح الرجل صاحبه المــال هبــة أو صلة ويراد بمنح اللبن أن يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة يحلبها زماناً وأياماً ثـــم يردها وهو تأويل لحديث : «المنحة مردودة والعارية مؤداة » .

(٢٢) فتح البارى – السابق نفس الموضع .

- ويراد بالصفى : غزيرة اللبن .

- وكلمة نِعْمَ تقال للإستحسان والاشعار بالثواب العظيم والمراد هنا هو أن أفضل العطايا عطية كثيرة اللبن القريبة العهد بالولادة وهى التى يكثر لبنها ويكون غزيرا ويراد باللقحة المرة الواحدة من الحلب أى أن العطية محمودة حتى لو كانت إعارة الناقة لحلبة لبن واحدة وكذلك من أفضل العطايا إعارة الشاة غزيرة اللبن التى تحلب إناء بالغداة ومثله بالعشى حتى يستفيد المستعير بأكبر قدر من اللبن ثم يرد الشاة لصاحبها.

- ولقد نظم المشرع عقد العارية فى المواد (٦٣٥ - ٦٤٥) من القانون المدنى وبهذا التنظيم تكون العارية مشروعة إذ المشروعية تستمد من إقرار المشرع واعترافه وتنظيمه للمسألة .

ثالثا : لزوم العارية وجوازها :

- يقسم فقهاء المسلمين العقود إلى لازمة وغير لازمة - والعقد اللازم هو الذى لا يملك أحد عاقديه الإنفراد بفسخه دون رضاء الطرف الآخر كالبيع والإجارة .

- أما العقد غير اللازم فهو ما يتاح فيه لكل طرف الإنفراد بفسخه دون الرجوع للمتعاقد الآخر كالوكالة والوديعة [٢٣] .

([٢٣]) د. محمد يوسف موسى - الفقه الإسلامى - ط ١٩٥٨ ص ٤٤٢ .

- ولقد ثار التساؤل حول مدى لزوم العاريـــة وعــدم لزومها ؟

- ويمكن أن نتبين فى هذا الصدد اتجاهين : -

- الأول : -

يرى الأحناف والحنابلة والشافعية أن عقد العارية مـن طائفة العقود غير اللازمة فلكل من المعير والمستعير التحلل مــن العقد وقتما يشاء يستوى فى ذلك العارية المطلقة أو المؤقتة التى لم تنته مدتها بعد[٢٤].

---

(٢٤) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٢٧٠ ، المغنى لابن قدامـــة حــ ٧ ص ٣٤٩ ، المبسوط للسرخسى حـ ١١ ص ١٤١٤ .

- وهناك بعض الشافعية يرون أن العارية تكون عقداً لازماً فى بعض الفـــروض لعل أهمها إعارة الأرض للدفن فقام المستعير بدفن أحد الموتى فيها فلا يجـــوز للمعير الرجوع فى عاريته فيما يتعلق بموضوع الدفن بل يمتنع على المســـتعير ردها فالعارية هنا لازمة من جهتهما حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير ترابـــاً لا يبقى منه شيء غير عجب الذنب وهو مثل حبة الخردل فى طرف العصعص وهو أثر لا يبلى أبداً والعلة فى عدم جواز طلب العارية من جانب المعـــير ولا ردها من جانب المستعير هو المحافظة على حرمة الميت .

- ويجوز للمعير الرجوع فى عاريته حتى قبل دفن الميت أما إذا وضع فى القـبر فلا يجوز له الرجوع حتى وإن كان الميت لم يوارى فى التراب وإن كـــان ===

– وإن كان بعض أفراد هذا الاتجاه لايجيزون إنهاء العاريـــة من قبل المعير لحرمة ذلك ديانة حيث إنه مخالف لقوله تعالى : «يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود [٢٥] » .

==== البعض قد أفتى بجواز الرجوع فى هذه الحالة . وليس معنى عدم جـــواز رجوع المعير أنه يستحق أجراً من وقت اعلان رغبته فى الرجوع حتى يبلـــى الميت وذلك لسببين : الأول : عدم جريان العرف على ذلك والثانى : أن الميــت لا مال له حيث انقضت ذمته بالوفاة.

- وإذا بلى الميت انتهت العارية إلا إذا وافق المعير على تكرار دفن ميت آخر.
- ويجوز للمعير أن يسقى باقى أرضه بشرط عدم مســـاس الميـــاه بـــالقبر والا امتنع عليه ذلك ولو جرى السيل وترتب على ذلك أن أنكشـــف الميـــت فيجـــب اعادته إليه لأنه قد صار حقاً مؤبداً له ويجب أن يتم ذلك على الفـــور لأن فـــى التأخير حتى يحفر غيره وينقل إليه تأخير للواجب وقد يحمله السيل إلى موضــــع يباح فيه الدفن فإن كان من الممكن دفنه فيه من غير تأخير جـــاز ذلـــك ويمنـــع إعادته .
- وهناك استثناءات أخرى أوردها الشافعية كأن يوصى الرجل بأن داره عاريـــة لفلان لمدة شهر بعد وفاته ففى هذه الحالة لايجوز للورثة الرجوع فـــى العاريـــة وهكذا .
- أنظر : مغنى المحتاج – السابق ، ص ٢٧٠ .

(٢٥) سورة المائدة آية (١) .

– وحجتهم فى ذلك (عدم لزوم العارية) أن المنافع توجد بالتدريج شيئاً فشيئاً ولذلك يكون استيفاء المستعير لما هو قائم من المنفعة بمثابة قبض لها وفى المقابل ما لم يستوفه لم يقبضه ولذلك لم يتعلق حقه به مما يجيز للمعير الرجوع فيه.

– يضاف لذلك أن العارية من باب التفضل بغير مقابل فلو قلنا بلزومها لأحجم معظم الناس عن الإعارة وبذلك نغلق باباً من أبواب التراحم بين الناس وإتاحة الانتفاع لغير القادر مجاناً .

– **الثانى :**

– يرى المالكية [٢٦] أن العارية عقد لازم لافرق فى ذلك بين العارية المطلقة وتلك المؤقتة فيجب على المعير الإلتزام بالعقد إلى انتهاء أجل العارية أو انقضاء العمل الذى عقدت لأجله كزراعة الأرض مرة واحدة أو عدة مرات (عدة بطون) وذلك فى المزروعات التى تنتج أكثر من بطن كالبرسيم والقصب .

– فإذا كانت العارية مطلقة كأن يعير الأرض أو السيارة أو المنزل دون تحديد لمدة الانتفاع فهنا تلزم العارية فى حدود المدة

([٢٦]) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك جـ ٣ ص ٥٧٧ وما بعدها ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٤٩ .

التى جرى العرف على أنها المدة المعقولة للإنتفاع فى مثل هذه الحالات .

– ومع ذلك يمكن إنهاء العارية واسترداد المعير لها إذا استعملها المستعير بالمخالفة للعقد أو لطبيعتها أو لما جرى به العرف [٢٧] .

– وفى نطاق القانون المدنى تعد العارية عقداً لازماً استصحاباً لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " .

– وهذا ما نصت عليه المادة (٦٣٦) من القانون المدنى بأن : « يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشىء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية» .

– ويشير مضمون النص السابق إلى التزام المعير بتسليم الشىء المعار للمستعير إختياراً - كأثر للعقد - وإلا أجبر على ذلك طالما كان التنفيذ العينى ممكناً ولايجوز له استرداده إلا بعد انتهاء مدة العقد وفضلاً عن ذلك لايجوز له التعرض للمستعير حال

---

(٢٧) بداية المجتهد لإبن رشد جـ ٢ ص ٢٦٢ ، القوانين الفقهية لإبن جزىء ص ٣٥٨ .

انتفاعه بالعارية فإن فعل ذلك رفض طلبه وجاز إلزامه بالتعويض[٢٨].

- إلا أن مبدأ لزوم العارية ليس مطلقا إنما ترد عليه استثناءات تناولتها المادتان (٦٤٤ - ٦٤٥) من القانون المدنى [٢٩].

- ومضمون ما ورد فى النصين السابقين أنه يجوز إنهاء العارية بأحد الأسباب الآتية : -

١ - أن تطرأ للمعير ظروف غير متوقعة تجعله فى حاجة عاجلة تبرر طلب إنهاء العقد واسترداد العارية . والعلة فى هذا الحكم أن المعير متبرع ولا ضرر يلحق المستعير فى هذه الحالة .

---

(٢٨) د. السنهورى - السابق ص ١٥٢٥ ، د. محمد كامل مرسى - العقود المدنية الصغيرة ص ٢٦٣ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٤ ص ٦٨٨ وما بعدها .

(٢٩) تنص المادة (٦٤٤) على أنه : «يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية : أ - إذا عرضت له حاجة عاجلة للشئ لم تكن متوقعة . ب - إذا أساء المستعير استعمال الشئ أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه . جـ - إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم المعير » .

- وتنص المادة (٦٤٥) على أن « تنتهى العارية بموت المستعير مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره » .

- وعلى ذلك لو كان المعير يتوقع حاجته للعارية ومع ذلك أقدم على إبرام العقد كان مقصراً ولا يجوز له إنهاء العقد ونفس الوضع لو كانت الحاجة التى طرأت له يمكن إرجاؤها لما بعد انتهاء العقد .

- وحتى لو عرضت للمعير حاجة طارئة لم يكن يتوقعها فإن ذلك لا يشفع فى إنهاء العقد بل يجرى القاضى نوعاً من الموازنة بين حق المعير فى الإنهاء والضرر الذى سيحل بالمستعير من وراء ذلك فإن كان ما سيحل بالأخير يفوق مقدار ما يصيب المعير من عدم الإنهاء رفض القاضى إنهاء العقد [٣٠] .

٢- إذ أعسر المستعير بعد إنعقاد العارية أو قبلها دون علم المعير فله استرداد العارية قبل انقضاء أجل العقد لأن

---

[٣٠] وهذا هو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني بالآتي" بما أن المعير متبرع فإذا عرضت له بعد عقد العارية حاجة عاجلة إلي الشيء المعار ولم تكن متوقعه وقت العقد فله أن يطلب إلغاء العقد ويسترد العارية إن كان قد سلمها أو يمتنع عن تسليمها إن لم يكن قد فعل وذلك لأنه أولي من المستعير بالانتفاع بماله ويكون للقاضي في هذه الحالة تقدير كون حاجة المعير إلي الشيء المعار عاجلة غير متوقعه . فإذا وجد القاضى أن المعير مقصر في عقد العارية دون تبصر بحاجته إلي الشيء المعار أو أن إلغاء العارية يلحق بالمستعير ضرراً يفوق ما يصيب المعير من ضرر جاز له أن يرفض إلغاء العارية"

- مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ صـ٦٨٩.

الإعسار سبب من أسباب انقضاء الأجل (م٢٧٣مدني) [٣١] غير أن المعير ليس له طلب إنهاء العارية إذا كان يعلم بحالة الإعسار التي حلت بالمستعير ومع ذلك أقدم علي إبرام العقد [٣٢] .

٣- يلتزم المستعير باستعمال العارية علي الوجه المحدد في العقد وبما يتفق مع طبيعتها أو بما يجري به العرف (م٦٣٩) وكذلك يلتزم بالمحافظة عليها (م٦٤١) فإذا أخل بشيء من ذلك أو أساء استعمال العارية أو قصر في المحافظة عليها فإن ذلك من بين أسباب إنهاء العقد من قبل المعير.

---

(٣١) يسقط الأجل فى عدة حالات من بينها إشهار إفلاس أو إعسار المدين لأن ذلك يقتضى التصفية الجماعية لأمواله (المدين) ليقتسمها الدائنون قسمة غرماء فيخشى أن تم ذلك أن يدخل الشىء المعار فى التفليسة ويضار بذلك المعير خاصة وأنه متفضل ولذلك أجيز له استرداد العارية إذا أعسر المستعير أو أفلس.

- فى تفصيل ذلك أنظر : د. محمد لبيب شنب – دروس فى نظرية الالتزام – الإثبات والأحكام طبعة ١٩٧٤ ص ٣٦٣ ومابعدها .

(٣٢) ورد بالمذكرة الإيضاحية بأنه : « إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية جاز كذلك للمعير أن يطلب إلغاء العقد فيمتنع عن التسليم إن لم يكن قد فعل ويسترد الشىء إن كان قد سلمه دون أن يعلم بالإعسار وكذلك إذا كان الإعسار سابقاً على العقد. ولم يعلم به المعير إلا بعد التسليم أما إن سلمه بعد العلم بالإعسار فلا يجوز الإلغاء » .

- مجموعة الأعمال التحضيرية – الموضع السابق .

٤ – إذا مات المستعير يجوز للمعير إنهاء العقد خاصة وأن العارية من العقود ذات الاعتبار الشخصي كما هو الشأن في سائر التبرعات وذلك إذا لم يتفق على استمرار العقد لنهاية مدته ويحل الورثة محل المستعير أما إذا انهى العقد لوفاة الأخير فإن التزامه برد العارية وغير ذلك من الالتزامات يبقى في تركته ويعتبر ديناً عليه (٣٣) .

– وعلى العكس من ذلك فإن موت المعير لاينهي العقد بل تنتقل حقوقه بما فيها المال المعار إلى ورثته الذين يلتزمون بنفس ما كان يلتزم به مورثهم بحسبانهم خلفا عاما له (٣٤) .

– ويثور التساؤل - في نطاق الفقه الإسلامي - وحول مدى حق المعير في الرجوع في العارية ؟

– كان من الممكن أن يكون الرد على هذا التساؤل بسيطاً على ضوء اتجاهات فقهاء شريعتنا الغراء حول لزوم العارية فضلاً عن أنها لازمة في نطاق القانون المدني إلا أن ما دفعنا إلى هذا التساؤل هو أن فقهاء المسلمين عالجوا مسألة مدى جواز رجوع

---

(٣٣) مجموعة الأعمال التحضيرية – الموضع السابق .

(٣٤) د. السنهوري – السابق – ص ١٥٥٨ .

المعير فى عاريته من خلال حالة هامة بل على جانب كبير من الأهمية وهى حالة الإعارة للبناء أو الغراس نظراً لأن رجوع المعير فى عاريته يمثل خسارة للمستعير تتمثل فيما تكبده من نفقات البناء أو الغراس وكانت لهم حلول إن دلت على شئ فإنما تدل على غزارة هذا الفقه بأحكامه ودقة معالجته لما يعرض من مشاكل .

- والفرض هنا أن محل الإعارة هو أرض للبناء أو الغراس أو الاثنين معاً ثم بدا للمعير أن يرجع فى عاريته فما مدى جواز ذلك ؟

- اختلف فقهاء المذاهب الأربعة حول الإجابة على هذا التساؤل وذلك على النحو التالى : -

- الاتجاه الأول :[٣٥] : -

- فرق فقهاء الحنابلة والشافعية بين حالتين : -

- الأولى :

- إذا اشترط المعير على المستعير القلع أو الهدم فى أجل معين وجب إعمال مضمون الشرط لقوله صلى الله عليه وآله

(٣٥) المغنى لإبن قدامه جـ ٧ ص ٣٥١ وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٦ وما بعدها ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٣٦ .

وسلم: «المسلمون على شروطهم » . ولأن القلع أو الهدم فى هذه الحالة لايمثل مفاجأة للمستعير .

- الثانية :

- إذا لم يكن هناك اتفاق يبين مصير الغراس والبناء فلا يجوز للمعير إجبار المستعير على القلع أو الهدم لأن ما تم من بناء أو غراس كان بإذنه إلا إذا اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله وعليه تسوية الأرض وما حدث بها من حفر لأن القلع أو الهدم باختياره.

- فإذا أبى المستعير القلع أو الهدم خير المعير بين القلع أو الهدم مع تعويض المستعير عما ينتقص فى هذه الحالة أو أن يبقى البناء أو الغراس على أن يعطى المستعير قيمته قائما . وأيا كان اختيار المعير يجبر المستعير على قبوله لأن ما وقع من المعير هو رجوع فى العارية من غير ضرر .

- ولا يقبل من المستعير اختياره شراء الأرض مع دفع قيمتها لأن الأرض أصل وما عليها من بناء أو غراس تابع لها ولذلك يتبعها البناء أو الغراس ولا تتبعهما هى .

- فإن اتفقا على البيع كان لهما ذلك وتباع الأرض ببنائها وغراسها وكان لكل واحد منهما من الثمن ما يوازى قدر حقه .
- أما إذا لم يتفقا على البيع ولم يتحدد مصير البناء أو الغراس بقى الوضع على ما هو عليه .
- على أنه يمكن لأى واحد منهما بيع ما يملكه ويكون للمشترى مثل ما كان لبائعه سواء كان المعير أو المستعير .

- الاتجاه الثانى [٣٦] :

- إذا كان فقهاء المالكية يرون أن العارية عقد لازم إن كانت مؤقتة فهى لازمة حتى نهاية العقد وإن كانت مطلقة فهى لازمة المدة التى ينتفع بمثلها حسبما جرى به العرف والعادة .

- إلا أن الإمام مالك يرى أن العارية المطلقة للبناء أو الغراس يجوز إنهاؤها من قبل المعير استثناء وإخراج المستعير من الأرض وفى نفس الوقت أقر له مبدأ التعويض وذلك بأن يدفع له المعير قيمة ما أنفق .

---

(٣٦) المدونة الكبرى حـ ٤ ص ٣٦٢ .

– أما إذا أراد المستعير أن ينهى العقد قبل حلول أجله فلـــه هدم البناء وقلع الغراس غير أن لصاحب الأرض أن يبقى ذلك على أن يدفع للمستعير قيمته .

– الإتجاه الثالث [٣٧] :

–اختلف الأحناف فيما بينهم إلى ثلاثة أقوال : –

١ - ذهب جمهور الأحناف إلى التفرقة بين أمرين : –

– الأول : –

– إذا كانت العارية مطلقة كان للمعير إنـــهاؤها وقت يشاء ولاتثريب عليه ولا رجوع من المستعير بالضمـــان لأن المعير لم يغرر به وفى نفس الوقت لايحمل المطلق على أنه مؤبد .

– الثانى :

– إذا كانت العارية مؤقتة كان للمعـــير الرجـــوع فيها لأنها غير لازمة وإن كان فى ذلك معنى خلف الوعد . وفـــى هذه الحالة إذا لم يكن القلع أو الـــهدم ضـــاراً بـــالأرض فالخيـــار

---

(٣٧) المبسوط للسرخسى جـ ١١ ص ١٤١ وما بعدها ، البحر الرائق حـــ ٧ ص ٢٨٢ ، الهداية للميرغنانى حـ ٣ ، ص ١٦٢ ، تبين الحقائق للزيلعى ، حـــ ٥ ص ٨٨ .

للمستعير إن شاء ترك الغرس والبناء لصاحب الأرض وتحصل على قيمته وإن شاء أخذ غرسه وبناءه .

٢ - ذهب الإمام زفر إلى استصحاب أصل العارية عندهم وهو عدم اللزوم ومن هنا كان للمعير أن يرجع فيها حتى ولو كانت مؤقتة لأن التأقيت لا يضفى عليها صفة اللزوم .

٣ - ذهب عبد الرحمن بن أبى ليلى أن للمعير إنهاء العارية لعدم لزومها ولا خيار للمستعير وإنما يجب على المعير إبقاء البناء أو الغراس مع دفع القيمة .

- رابعاً : نطاق العارية (ما يجوز إعارته وما لايجوز) :

- الراجح أن

العارية تجرى عليها الأحكام الخمسة وهى الإيجاب والندب والإباحة والكراهة والتحريم [٣٨] .

---

(٣٨) يعرف علماء الأصول الإيجاب بأنه : «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الطلب اللازم». والندب أو الاستحباب هو : « خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الطلب غير اللازم». أما الإباحة فهى : «خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل التخيير بين الفعل والترك » . والكراهة : « خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الكف غير اللازم » . أما التحريم : «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الكف اللازم » .

===

ا - وجوب العارية :

- يرى المالكيـة والشـافعية والحنابلـة أن العارية قد تكون واجبة بل كانت واجبة أول الإسلام لقوله تعـالى : « ويمنعون الماعون » ثم نسخ وجوبها وصارت مستحبة [٣٩] .

- من ذلك إعارة السكين لذبح حيـوان يخشـى هلاكـه [٤٠] وإعارة القارب لإنقاذ إنسان أشرف على الغرق [٤١] .

- وفى الجملة يجب إعارة كل شئ يلزم لدفع الضرر فما لـم يندفع ضرره إلا بالإعارة فهى واجبة [٤٢] . ولحديث جـابر عـن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : « ما من صاحب إبل ولا بقر ولاغنم لايؤدى حقها إلا أُقِعد لها يوم القيامة بقاع قرقر تطـؤه ذات

==== - أما ما يفعله المكلف متعلقاً بهذه الأحكام فيسـمى : الواجـب والمنـدوب والمباح والمكروه والحرام .

- أنظر : د. عبد المجيد مطلوب - أصول الفقه الإسـلامى طبعـة ١٩٩١ ص ٤٢٨ ومابعدها ، د. يوسف قاسم أصول الأحكام الشـرعية طبعـة ١٩٩١ ص ٢٢٢ ومابعدها.

(٣٩) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٢٦٤ .

(٤٠) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٦٧ ، مواهب الجليل لشرح مختصـر خليـل حـ ٥ ص ٢٦٨ .

(٤١) مغنى المحتاج الموضع السابق .

(٤٢) الإنصاف للمرداوى حـ ٦ ص ١٠٢ .

الظلف بظلفها وتنطحه ذات القرن ليس فيها يومئذ جماء ولا مكسورة القرن قلنا : يا رسول الله وما حقها ؟ قال : إطراق فحلها وإعارة دلوها ومنحتها وجلبها على الماء وحمل عليها في سبيل الله» [٤٣] .

٢ - استحباب العارية : -

- أجمع الفقهاء على أن الأصل فى العارية هو الندب والاستحباب[٤٤] لأنها من قبيل الإحسان لقوله تعالى : «ولاتنسوا الفضل بينكم » [٤٥] فالتعاور بين المسلمين يقوى أواصر

([٤٣]) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٣٣٩ .

- والمقصود بإطراق فحلها أى إعارة الفحل ليطرق به على ماشية المستعير الأنثى حتى تحمل وكذلك من حقوق الماشية أن يعير صاحبها الدلو الذى يسقيها به إذا طلب منه من يحتاج إليه ومنحة الإبل أو البقر أو الغنم هو إعارتها ليستفيد المستعير من حلبها ووبرها زمنا ثم يردها فالعارية هنا لذوات الألبان .
- أما حلبها على الماء فيجسد معانى البر والتعاون بين المسلمين فتساق الماشية إلى موضع سقيها فتحلب فيه لينتفع بلبنها من يحضر من المساكين وأبناء السبيل والعابرين ويقصد بالحمل عليها فى سبيل الله أى يجب على مالكها إعارتها لمن أراد الغزو فى سبيل الله .

([٤٤]) المغنى لإبن قدامة جـ ٧ ص ٣٤٠ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٦٤ ، بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ، ص ٢١٣ ومابعدها ، مواهب الجليل - السابق نفس الموضع .

([٤٥]) سورة البقرة أية (٢٣٧) .

المحبة والود لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » (٤٦) .

- ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة منافعها وإعارتها ومن هنا كانت العارية مستحبة ومندوب إليها (٤٧) .

٣ - إباحة العارية :

- قد يقال بأن العارية مباحة للمرء أن يقدم عليها أو يحجم عنها بحسب مشيئته وهذا هو الأصل في المعاملات إلا أن الثواب والفضل من وراء العارية يحفز الشخص للإندفاع إليها .

٤ - تحريم العارية : -

- تحرم العارية في بعض المواضع .

- من ذلك : حرمة إعارة السلاح والخيل لغير المسلم حتى لايستعين بهما على حرب المسلمين وكذلك يحرم إعارة المصحف للكافر (٤٨) .

---

(٤٦) نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ ص ٣٩١ .

(٤٧) المغني لابن قدامة - السابق نفس الموضع .

(٤٨) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٦ .

– ويحرم إعارة العبد (أو الخادم) المسلم لكافر لأنـــه لايجـــوز تمكينه من استخدامه وبالتالى لاتجوز إعارته ولا إعـــــارة الصيـــد لمُحرِم لأنه لايجوز له إمساكه [٤٩] .

– كذلك لايجوز إعارة الخادمة الجميلة لغير محرم لها خشـــــية الفتنة إن كان يخلو بها أو ينظر إليها لأنه لايؤتمن عليها . فى حيـــن تجوز إعارتها لإمرأة ولذى محرمها .

– وتحرم إعارة العين لنفع محرم كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصى فيها الله تعالى كاستعمالها للدعارة أو الاختلاء بامرأة [٥٠] .

٥ – كراهة العارية :

– تكون العارية مكروهة إذا خشى من ورائها المعصية فيكره من الرجل أن يستعير أحد أبويه وإن علا للخدمـــــة وذلك صيانة لهما عن الإذلال ولكن إن قصد بذلك إعلاء أحدهما أو

---

(٤٩) المغنى لابن قدامة جـــ ٧ ص ٣٤٦ .

(٥٠) السابق نفس الموضع .

توقيره فلا تثريب عليه كأن يستعير والده لقضاء عمل يظهر فيه خبرته وعلمه فهذا أمر مستحب (٥١) .

– أما فى نطاق القانون المدنى فجواز العارية وعدم جوازها وكذلك سائر المعاملات مقيد بعدم مخالفة النظام العام أو الآداب فطالما أن العارية لم تنعقد أصلاً للخروج على هذا القيد فهى جائزة.

- خامساً – أنواع العارية :

– تنقسم العارية إلى قسمين : مطلقة ومقيدة .

١ - العارية المطلقة :

– ويقصد بذلك العارية التى لم يحدد لها زمناً أو مكاناً للإنتفاع أو لم يحدد للمستعير كيفية الاستعمال (٥٢) .

– كمن يعر شخصاً سيارة دون أن يحدد أجلاً ينتهى فيه العقد ولايحدد له مكاناً معيناً كنطاق للإنتفاع ولم يحدد له كذلك أوجه الانتفاع.

---

(٥١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٢٦٥ ، المغنى لابن قدامة – السابق نفس الموضع.

(٥٢) المغنى لابن قدامة – السابق ، ص ٣٤٦ ، بداية المجتهد لإبن رشد حـ٢ ص ٣١٣، المبسوط للسرخسى حـ ١١ ، ص ١٣٤ .

- وترتيباً على ذلك يجوز للمستعير أن يستعمل العارية استعمالاً مطلقاً غير محدود اللهم إلا مراعاة طبيعتها وما جرى عليه عرف الناس فى هذا المقام .

- وإذا استعار الشخص أرضاً وكانت عارية مطلقة فله أن يزرع فيها أو يغرس أو يبنى ويفعل فيها كل ما هى معدة له من الانتفاع لأن الاذن مطلق [٥٣].

٢ - العارية المقيدة : -

- وتكون العارية مقيدة إذا اتفق الطرفان على زمن محدد للإنتفاع بالشىء أو تحديد أوجه الانتفاع أو مكانه ويمكن أن تجتمع تلك القيود فى عقد واحد .

- وعلى ذلك يمكن القول بأن القيد قد يكون زمنياً أو مكانياً أو موضوعياً وعلى المستعير أن يتقيد فى استعمال العارية بالقيد المتفق عليه[٥٤] .

أ - القيد الزمنى : -

- وصورته أن يتفق على أن تكون العارية لسنة أو أقل أو أكثر فيجب على المستعير ردها عند حلول الأجل .

---

(٥٣) المغنى لإبن قدامة - السابق - نفس الموضع .

(٥٤) فى تفصيل ذلك وأنواع العارية المقيدة : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ٥ ص ٨٦ ، المجموع شرح المهذب جـ ١٤ ص ٤٢ ، المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٣٦٠ .

ب - القيد المكانى : -

- قد يتقيد المستعير فى استعماله للعاريـــة بمكان معين كأن يعيره سيارة ويشترط عليه أن يستعملها فى حـدود نطاق مدينة معينة ولايتجاوزها . وإن كان له أن يستعملها فـــى أى وقت يشاء وفى أى وجه للإستعمال طالما لم يقيد فى ذلك .

حـ - القيد الموضوعى :

- وهو القيد الخــــاص بموضــوع الإستعمال فقد يتقيد المستعير بوجه من وجوه الإستعمال فلا يجــوز له تجاوزه .

- فقد يعير الشخص أرضاً ويشترط أن تكون للبناء أو الغراس فله أن يأتى وجهاً واحداً من الانتفاع فإما البناء أو الغراس ولايجمع بينهما لأن ضررهما مختلف ولكن له أن يزرع الأرض لأن ضـور الزرع أهون من ضرر البناء أو الغراس .

- وإن استعار الأرض لزراعة محصول معين فعليه التقيد بذلك وله زراعة محصول آخر يكون ضرره بالأرض أقل من ضــــرر

المأذون فيه ولكن لايجوز له زراعة محصول يفوق ضرره ضـــور المأذون فيه [٥٥] .

[٥٥] المغنى لإبن قدامة حــ ٧ ص ٣٤٦ - ٣٤٧ .

الفصل الأول

أساس التزام المستعير بالضمان

- تمهيد وتقسيم : -

- يمنح عقد العارية حق الانتفاع بها للمستعير وفى مقابل ذلك يلتزم بالضمان وهو التزام متفرع من التزام يسبقه ألا وهو المحافظة على العارية والذى يمثل أساس التزام المستعير بالضمان.

- وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:-

- **المبحث الأول** : انتفاع المستعير بالعارية .

- **المبحث الثانى** : التزام المستعير بالمحافظة على العارية .

المبحث الأول

انتفاع المستعير بالعارية

- يرتب عقد العارية التزاماً على عاتق المعير يقابلـــه حـــق للمستعير أما الالتزام فهو تسليم العارية ليمارس المســـتعير عليـــها حقه فى الانتفاع .

- وسنتناول فيما يلى التزام المعير بالتســـليم وكذلـــك حـــق المستعير فى الانتفاع وذلك فى مطلبين على النحول التالى : -

- **المطلب الأول :** التزام المعير بالتسليم .

- **المطلب الثانى :** حق المستعير فى الانتفاع .

المطلب الأول

التزام المعير بالتسليم

- النص القانوني : -

- تنص المادة (٦٣٦) من القانون المدنى على أن : «يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية » .

- يلقى النص السابق على المعير التزاما بتسليم محل العارية إلى المستعير كأثر للعقد وليس كركن فيه كما كان الوضع فى التقنين المدنى القديم حيث كان العقد عينياً لاينعقد إلا بالتسليم أما فى نطاق التقنين الحالى فالعارية عقد رضائى يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما أما التسليم فهو أثر للعقد .

- وتسرى على الالتزام بتسليم العارية القواعد العامة فى التسليم كما فى كل من عقد الإيجار والبيع فيتحمل المعير نفقات التسليم بحسبانه مديناً به (٥٦) .

---

(٥٦) د. السنهورى - السابق _ ص ١٥٣ ومابعدها .

- أما فى نطاق الفقه الإسلامى فالأصل - لدى الغالبية - أن التسليم التزام يقع على عاتق المعير كأثر للعقد [٥٧] . مما يشير إلى أن العقد رضائى إلا أن الأحناف يعتبرون العقد عينياً لاينعقد إلا بالتسليم الذى يعد بمثابة ركن فيه فإذا لم يتم القبض لم ينعقد العقد[٥٨] .

- وعلى ذلك يعتبر التسليم التزاما على عاتق المعير يترتب على إبرام العقد عند من اعتبروا أن الرضا كاف لإنشائه أما الأحناف فيعتبر التسليم عندهم ركنا من أركان العقد لايتم بدونه .

- وإذا كان الالتزام بالتسليم يقع على عاتق المعير كأثر للعقد فى نطاق القانون المدنى وتبعا للرأى الغالب فى الفقه الإسلامى فلقد ثار التساؤل حول مدى حق المستعير فى اللجوء للتنفيذ العينى الجبرى إذا تقاعس المعير عن تنفيذ التزامه اختيارا ؟ .

- يلقى نص المادة (٦٣٦) من القانون المدنى التزاما على عاتق المعير بضرورة تسليم العارية وهذا الالتزام ليس خاصا بعقد العارية وإنما هو مستمد من القواعد العامة فى نظرية العقد ولذلك واستصحابا لتلك القواعد فإن المدين (وهو هنا المعير) إذا لم يقم

---

(٥٧) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٥٧٠ وما بعدها ، المهذب جـ ١ ص ٣٧٠ ، الروض المربع ، ص ٢٤٦ ، المغنى لإبن قدامة جـ ٧ ص ٣٤٥ ومابعدها .

(٥٨) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢١٤ .

بتنفيذ التزامه كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العينى الجبرى ونظـــرا لأن العارية عقد ملزم للجانبين فإنه يجوز للمستعير أن يطلب التنفيذ العينى الجبرى طالما كان ممكنا فإن لم يتيسر فليس أمامـــه ســـوى المطالبة بالتعويض [٥٩] .

– أما فى نطاق الفقه الإسلامى فإن الإجابة علـــى التســـاؤل السابق تتوقف على الزاوية التى ننظر من خلالها لعقد العارية .

– فإذا نظرنا من خلال وجهة نظر من يرون بأن العارية عقد غير لازم نرى أن للمعير أن يرجع فى عاريته متى شاء بل إن لـــه الا يسلمها للمستعير بعد إبرام العقد .

– أما من يرون على العكس مما سبق أن العارية عقـــد لازم سواء كانت مؤقته بأجل أو بعمل وحتى ولو كانت مطلقة ففى هـــذه

([٥٩]) د. السنهورى – السابق ص ١٥٢٤ ، د. محمود جمال الدين زكى _ العقـــود المسماة – ص ٢٣٧ .

– ولقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على نص المـــادة (٦٣٦) بـــأن هـــذه المادة : تفرض على المعير التزامين ١ – الالتزام بتسليم الشىء إلى المســـتعير فإذا لم يقم به المعير مختارا أكره على ذلك ان كان الوفاء العينـــى ممكنـــا وإلا حكم عليه بالتعويض . ٢– ....». مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٤ ص ٦٦٨ وما بعدها .

الحالة يجب على المعير تسليمها فإن لم يفعل جاز للمستعير طلب إجباره على ذلك[٦٠] .

(٦٠) أنظر فى لزوم وعدم لزوم العارية – الفصل التمهيدى – البند ثالثاً .

المطلب الثانى

حق المستعير فى الانتفاع

- بمجرد أن يتسلم المستعير العارية فإن له الحق فى الإنتفاع بها بحسب ما اتفق عليه أو ما جرى به العرف وتسمح به طبيعة العارية ويستمر الانتفاع حتى انتهاء الأجل المحدد لذلك أو أداء العمل الذى عقدت لأجله .

- ولقد ثارت عدة تساؤلات فى هذا الصدد حول طبيعة حق المستعير فى الانتفاع وما نطاق هذا الحق وما مدى سلطة كل من المعير والمستعير إزاء الحق فى الانتفاع - تلك تساؤلات أربعه نتولى الإجابة عليها فى فروع أربعة على النحو التالى تباعاً :

الفرع الأول : طبيعة حق المستعير .

الفرع الثانى : نطاق حق المستعير .

الفرع الثالث : سلطة المعير على العارية حال انتفاع المستعير بها.

الفرع الرابع : سلطة المستعير على العارية حال انتفاعه بها .

الفرع الأول

طبيعة حق المستعير

– بمجرد أن يتسلم المستعير الشيء المعار فإنه يصبح حائزاً له . إذ الحيازة عموماً هي سيطرة مادية من قبل شخص على شيء يجوز التعامل فيه مع ظهوره عليه بمظهر المالك واستغلاله بحسب ما أعد الشيء له ويستوى أن يكون للشخص في حيازته سند شرعي أو غير شرعي [٦١] .

– وللحيازة عنصرين أحدهما مادي ويقصد به السيطرة المادية للحائز على الشئ وإتيانه للأعمال المادية التي تختلف بإختلاف طبيعة الشيء محل الحيازة والحق الذي يقصد حيازته فممارسة الحيازة على الأرض الزراعية تكون بزراعتها وعلى المنازل بسكناها وهكذا .

– وبالنسبة للحائز لو كان يحوز حق ملكية كانت له على الشئ كافة مظاهر المالك من استعمال واستغلال وتصرف وإن كان

---

[٦١] أنظر في نفس المعنى : د. عبد المنعم البدراوي – حق الملكية طبعة عام ١٩٧٣ ص ٤١٩ وما بعدها ، د. محمود جمال الدين زكي – الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٧٥ ص ٤٩٨ ومابعدها ، د. منصور مصطفى منصور – حق الملكية في القانون المدني المصري ط ١٩٦٥ ص ٣٦٦ .

مستعيراً وقف حقه عند حدود الانتفاع بالشئ بحسب الاتفاق أو ما يقضى به العرف وجرت به العادة .

- أما العنصر الثانى فهو المعنوى أو ما يطلق عليه «عنصر النية» فهو يعنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه أى بإعتباره صاحب الحق على الشيء سواء كان سنده للحق مشروعاً كمالك أو غير مشروع كالمغتصب [٦٢] .

- والعنصر المعنوى للحيازة مفترض ولايطلب ممن له السيطرة المادية على الشئ إقامة الدليل عى نيته للعمل لحساب نفسه وإنما على من ينازعه فى حيازته إقامة الدليل على انتفاء هذه النية [٦٣] .

- **الحيازة العرضية :**

- قلنا أن للحيازة عنصرين : مادى ومعنوى والحيازة التى تستجمع هذين العنصرين تسمى بالحيازة القانونية .

([٦٢]) د. البدراوى - السابق ص ٤٢٧ ومابعدها ، د. محمود جمال الدين زكى - السابق ، ص ٥٠٣ ومابعدها.

([٦٣]) د. محمود جمال الدين زكى - السابق ، ص ٥٠٤ .

- أما إذا توافر العنصر المادى فقط دون المعنوى قلنا بأن الحيازة عرضية فالحائز العرض يحوز الشيء حيازة مادية فقط دون إتجاه نيته إلى الحيازة لحساب نفسه وإنما يحوز لحساب غيره كالمستأجر [٦٤] .

- وعلى ضوء ما سبق يمكن القول بأن المستعير يعد حائزاً عرضياً لأنه يحوز الشيء المعار حيازة مادية دون أن يكون مالكاً له أو صاحب حق عينى عليه بل هو صاحب حق شخصى اكتسبه من خلال العقد المبرم بينه وبين المعير بمقتضاه يجوز له الانتفاع بالعارية .

- والمستعير لا يمارس حقه بصفته تابعاً للمعير فهو وإن كان يحوز لحساب الأخير بصفته حائزاً عرضياً إلا أنه يتمتع بقدر من الاستقلال عن المعير يتيح له بعض الحرية والمرونة في الانتفاع بالعارية [٦٥] .

([٦٤]) السابق ص ٥٠٩ .

([٦٥]) فى نفس المعنى : د. السنهورى - الوسيط جـ ٩ ص ٨٢٨ .

– ويعد المستعير حائزاً عرضيا - فى نطاق الفقه الإسلامى - لأنه وإن لم يستعمل فقهاء المسلمين لفظ الحيازة العرضية صراحة إلا أن تناولهم للحيازة يفيد بأن حيازة المستعير عرضية .

– ومن استعراض أقوالهم يبين أن للحيازة عنصرين : مادى ومعنوى بنفس المفهوم السائد فى نطاق القانون المدنى .

– فلقد استعرض بن رشد أنواع الحيازة التى من مظاهرها السكنى ثم البنيان والغرس والاستغلال وأخيراً البيع والهبة والعتق ثم يعقب على ذلك أن هذه هى مظاهر الحيازة وما يشبهها مما لايفعله الرجل إلا فى ملكه [٦٦] .

– ويرى صاحب البدائع أنه لو تنازع شخصان داراً كان الأحق بها من ظهر عليها بمظهر المالك واتخذ لذلك مظاهره كالهدم والبناء والحفر فضلاً عن السكنى فيها لأن هذه التصرفات لاتحدث إلا ممن يضع يده على الدار فهو حائز لها [٦٧] .

– وواضح من التعبيرات السابقة أن للحيازة عنصرين أحدهما مادى وعبر عنه ابن رشد بالبناء والغراس وهو ما يقابل سلطة

---

(٦٦) البيان والتحصيل لابن رشد حـ ١١ ص ١٤٧ .

(٦٧) بدائع الصنائع حـ ٦ ص ٢٥٦ .

الاستعمال أما الاستغلال فيكون بالتأجير مثلاً أما البيع والهبة فهو يعبر عن سلطة التصرف والأصل أن السلطة لاتصدر إلا من المالك فهو الذى يحوز لحساب نفسه بصفة شرعية .

– والمستعير حائز عرضى ويده على الشىء يد أمانة وحفظ شأنه فى ذلك شأن المستأجر [٦٨] .

---

(٦٨) المبسوط للسرخسى حـ ١٧ ص ٣١ .

الفرع الثانى

نطاق حق المستعير

- بداية الانتفاع بالعارية بحسب الأصل هو حق للمستعير يستطيع إتيانه وقتما يشاء ويمسك عنه وقتما يريد غير أن الانتفاع قد يكون واجباً عليه يتحتم إتيانه وذلك إذا كان ترك الشىء دون استعمال يضربه. كأن يكون المعار منزلاً تركه المستعير مغلقاً دون استعمال مما يساعد على نشر السوس فى أبوابه ونوافذه فضلاً عن الرطوبة التى تلحق جدرانه وتتلف بياضه لعدم تجدد الهواء ففى هذه الحالة يكون الاستعمال واجباً وعدم إتيانه يمثل إخلالاً بالمحافظة على الشىء .

- وكذلك من يستعر أرضاً زراعية يجب عليه زراعتها لأن فى عدم زراعتها إتلاف لخصوبتها فضلاً عن إغلاق رافد من روافد الدخل والرزق ومثل هذا المسلك يناقض الغرض من العارية وهو تمكين المستعير من الاستفادة بثمار العارية بلا مقابل فى تدبير متطلباته .

- ويكون استعمال المستعير للشىء المعار بحسب ما تم الاتفاق عليه أو ما جرى به العرف والعادة فى مثل هذه الظروف . فإذا لم يوجد لا عرف ولاعادة كان المرجع لطبيعة الشىء فسيارة

الركوب الخاصة لاتستعمل فى نقل البضائع ومحل السكن لايستعمل مخزنا وهكذا [٦٩] .

- على أن الغالب هو اتفاق الطرفين فى عقد العارية على نطاق الانتفاع المخول للمستعير وبعبارة أخرى يتحدد نطاق الانتفاع بحدود ما يأذن به المعير والذى لايجوز للمستعير الخروج عليه .

- إذن المعير للمستعير بالانتفاع : -

- إذا اتفق على كيفية انتفاع المستعير بالعارية كان ذلك شرطا يجب على المستعير الوفاء به فالعقد شريعة المتعاقدين .

- فإذا تحدد فى العقد نوع الإستعمال أو وقته أو مكانه فليس للمستعير استعمال العارية فى خارج حدود ما إشترط عليه [٧٠] .

- أحوال مخالفة إذن المعير : -

- يجب على المستعير احترام ما التزم به من أوجه الانتفاع وعدم الخروج عليها .

---

(٦٩) د. السنهورى - السابق ، ص ١٥٣٨ ومابعدها .

(٧٠) د. السنهورى - السابق ص ١٥٣٨ . وكذلك : مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٢٦٤، الشرح الصغير حـ ٣ ص ٥٧٤ ، المغنى لإبن قدامة حـ ٧ ص ٣٤٦.

- ويتصور مخالفة الاذن فى عدة حالات كأن يعـيره مـنزلاً للسكنى فيحوله إلى مخزن لمواد ضارة بالمبنى وتشكل خطراً عليـه كأن يشون فيه مواد كيماوية أو سوائل خطره .

- وكأن يستعير أرضاً لزراعة محصول معين يفيـد التربـة فيغير وجه الإستعمال بزراعة محصول آخر يجهدها وهكذا [٧١].

- كذلك يعد المستعير متعدياً إذا أمسك العارية فيمـا يجـاوز الوقت المتفق عليه وكان بإمكانه ردها ولايقدح فـى ذلـك عـدم استعماله لها [٧٢] .

([٧١]) أنظر فى هذه الأمثلة وغيرهـا : المبسـوط للسرخسـى جـ ١١ ص ١٣٧ ومابعدها .

([٧٢]) مجمع الضمانات ص ٤٧ .

الفرع الثالث

سلطة المعير على العارية

حال انتفاع المستعير بها

– الأصل أن المعير يلتزم بإحترام حق المستعير فى الانتفاع فيمتنع عليه الاتيان بالتصرفات التى تتعارض مع هذا الحق .

– ومع ذلك قد يأتى المعير ببعض التصرفات التى تتعارض مع حق المستعير وتتخذ عدة مظاهر وهى : –

أولاً - التصرف فى العارية : –

– قد يبرم المعير عقد بيع للعارية أو رهن حيازى لها ونحو ذلك مما يوجب ضرورة تسليمها للمشترى أو المرتهن فما مدى الاحتجاج على المستعير بهذا التصرف ؟

– فى نطاق القانون المدنى تعد العارية من العقود اللازمة ومقتضى ذلك أنه يجب على المعير احترام حق المستعير ولايحتج على الأخير بهذا التصرف بل لايستطيع المعير سحب العارية لتسليمها للمتصرف إليه أو المرتهن حيازياً .

- وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٦) مدنى بأن : «يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية» .

- وهذا النص يفرض على المعير الالتزام بتسليم العارية مع الالتزام بتركها طوال المدة المحددة فى العقد وألا يستردها قبل انقضاء الأجل المحدد إلا فى الحالات التى نص عليها القانون [٧٣] .

- أما فى نطاق الفقه الإسلامى فالأمر مختلف لأن العارية ليست لازمة عند كل الفقهاء بل غالبيتهم يرون أنها غير لازمة والقلة يرون لزومها .

- وعلى ذلك يرى الأحناف والشافعية والحنابلة أن العارية ليست لازمة وبالتالى من حق المعير أن يتصرف فى الشيء المعار وتصرفه نافذ ويحتج به على المستعير ويأخذ هذا الوضع حكم الرجوع فى العارية وهو أمر جائز ولا يولد حقاً للمستعير لأنه ينتفع مجاناً ولا شيء عليه فى الأصل وفى المقابل لا رجوع له على المعير بشيء [٧٤] .

---

(٧٣) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٤ ص ٦٧٣ .

(٧٤) البحر الرائق حـ ٧ ص ٢٨٠ ، الإنصاف للمرداوى حـ ٦ ص ١٠٤ ، المحلى لإبن حزم حـ ٩ ص ١٦٨ ، كشاف القناع حـ ٤ ص ٦٥ ، نهاية المحتاج للرملى حـ ٥ ص ١٣١ .

- وعلى العكس من ذلك يرى المالكية أن العارية عقد لازم وترتيباً على ذلك لايجوز للمعير التصرف فى العارية قبل انقضاء أجلها المتفق عليه أو بحسب ما جرى به العرف والعادة وإن حدث شىء من هذا كان للمستعير نصيب من ثمن التصرف يوازى قدر المدة التى فقد فيها الإنتفاع بالعارية وسواء كان تصرف المعير قبل أو بعد القبض وإن كان هناك من المالكية من يقصر حق المستعير فى هذه الحالة على حالة تصرف المعير بعد القبض فقط أما قبله فلم يثبت حق للمستعير حتى نقرر له نصيباً من ثمن التصرف [٧٥].

ثانيا : التعرض لحق المستعير فى الانتفاع :

- قد يحدث التعرض للمستعير فى انتفاعه بالعارية وهو اما أن يصدر من المعير (التعرض المادى أو القانونى) أو من الغير وفى هذه الحالة لايضمن المعير إلا تعرض الغير القانونى فقط .

- والتعرض المادى هو كل فعل يصدر من المعير يترتب عليه حرمان المستعير من الانتفاع بالعارية كأن يقبضها منه أو يزاحمه فى الانتفاع بها دون أن يكون له الحق فى ذلك .

---

(٧٥) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٦ ص ١٣٠ وما بعدها .

- أما التعرض القانونى فهو يصدر من المعير أو من الغير ويكون بإدعاء حق يترتب عليه حرمان المستعير من كل أو بعض مزايا العارية[٧٦] .

- وقد يصل التعرض إلى حد استحقاق الشيء المعار فيحرم المستعير من الانتفاع به والأصل أن المعير لا يسأل عن ذلك ، وهذا هو ما نصت عليه المادة (٦٣٨) مدنى من أنه «لا ضمان على المعير فى استحقاق الشيء المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق ».

- والنص بعبارته يضيق من نطاق مسئولية المعير عن استحقاق العارية ولعل السبب فى ذلك أن المعير «متبرع بالمنفعة فكان غير مسئول عن الأضرار التى تصيب المستعير بسبب استحقاق الشيء المعار إلا إذا كان عالماً بسبب الاستحقاق وتعمد اخفاءه على المستعير ...... ويفرض فى ذلك طبعاً أن المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق إذ لو علم فلا محل لمسئولية المعير [٧٧] .

---

(٧٦) فى نفس المعنى : د. حمدى عبد الرحمن - شرح أحكام عقد الإيجار ص ٣١٨ وما بعدها .

(٧٧) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٤ ص ٦٧٣ .

- وعلى ذلك يسأل المعير عن استحقاق العارية فى حـــالتين ذكرتهما المادة (٦٣٨ / ١) سالفة الذكر وهما [٧٨]: -

- الأولى :

- إذا اتفق الطرفان على ضمـــان المعـير لإســتحقاق العارية فيرجع للاتفاق لمعرفة هذا الضمان وشروطه .

- وإذا ثار الشك حول مضمون هــذا الاتفــاق فإنــه يفســر لمصلحة المعير ليس لأنه مدين وإنما استصحاباً للأصل وهو عــدم الضمان .

- الثانية : -

- إذا تعمد المعير إخفاء سبب الاستحقاق فهذا نوع مــن الغش والتغرير وفى هذه الحالة يضمن بشرط ألا يكون المســـتعير عالماً بهذا السبب إذ لو كان يعلم وقبل العارية فإنه يكون قد تنــازل عن مساءلة المعير .

- وعلى المستعير إثبات اخفاء المعير لسبب الاستحقاق .

---

(٧٨) د. السنهورى - السابق - ص ١٥٣٤ .

- والتضييق من نطاق مسئولية المعير على النحو السابق إنما سببه أنه متبرع ولكن لو ثبت أن العارية قد عقدت استثناء لمصلحة المعير فلا يستفيد من هذا التضييق (٧٩) .

- مثال ذلك : أن تعرض للمعير ظروف تقتضى منه سفرا طويلا وخشية منه على أرضه الزراعية التى لم يجد لها مستأجرا أعارها لشخص ليستفيد منها وليحافظ على خصوبتها بمداومة الزراعة .

- والتعرض فى لغة القانون يقابله اصطلاح التعدى فى الفقه الإسلامى . ويقصد به التصرف بدون وجه حق أو مجاوزة للحق وهو نوع من الظلم إذ أنه «التجاوز فى اللغة التى نزل بها القرآن وخاطبنا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم » (٨٠) .

- وهذا هو رأى جمهور الفقهاء الذين يعتبرون أن التعدى يشمل التعرض والاستحقاق .

---

(٧٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٧٤ .

(٨٠) العبارة لإبن حزم الظاهرى انظر : المحلى جـ ٨ ص ٢٧٧ وفى نفس المعنى فى تعريف التعدى : تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٥ ص ١١٣ وما بعدها، الأم للإمام الشافعى جـ ٤ ص ١٧ .

- إلا أن المالكية فرقوا بين التعدى على المنفعة والتعدى على الرقبة فإن كان الأول فهو تعدى ويتحقق بغصب منفعة مال الغير .

- أما كان التعدى على الرقبة بالإستيلاء عليها فهو الغصب .

- فالتعدى هو غصب للمنافع أو التصرف فى شىء بغير إذن ربه دون قصد تملكه (٨١) . ويكون ذلك بالإستيلاء على المنفعة كسكنى الدار أو ركوب الدابة (٨٢) .

- وترتيباً على ذلك فمن يتعرض للمستعير فى انتفاعه بالعارية سواء كان المعير أو غيره كان عليه الضمان سواء وقف هذا التعدى عند حد المزاحمة فى الانتفاع بما ينقصه أو وصل إلى حد غصب المنفعة.

- إلا أن فى ضمان غصب المنفعة بعض التفصيل حيث يوجد اتجاهان فى هذا الصدد : -

الأول (٨٣) :

- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن غاصب المنفعة يضمن سواء استوفاها لنفسه كمن يغتصب الدار من المستعير لينتفع

---

(٨١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ ص ٢٧٤ .

(٨٢) الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٩٦ .

(٨٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٨ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٧٧ ، المحلى لإبن حزم جـ ٨ ص ١٣٥ ، الذخيرة جـ ٨ ص ٢٨٣ .

بها هو أو اكتفى بأن حرم المنتفع منها فيغتصب المنزل ويغلقه دون أن ينتفع به أو يترك المستعير ينتفع .

- واحتج الجمهور لما ذهب إليه بأن المنفعة مال شأنها في ذلك شأن الأعيان والتعدى على المال يوجب الضمان إضافة لذلك أن الانتفاع بالمال هو القصد من وراء حيازته لأن ما لانفع فيه لايضمن وعلى ذلك فالحرمان من المنفعة يوجب الضمان .

- الثانى [٨٤] :

- يرى الأحناف وبعض المالكية أن غصب المنفعة لايوجب الضمان سواء استوفى الغاصب المنفعة بنفسه أو اكتفى بحرمان المنتفع منها .

- وحجتهم فيما ذهبوا إليه أن المنفعة ليست بمال عند الأحناف يضاف لذلك أن الضمان لايتحقق إلا إذا ترتب على الغصب تفويت يد المالك ولاشىء يتحقق من ذلك فى غصب المنافع لأنها أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فلا يتصور وجودها فى يد المالك ثم تنتقل إلى يد الغاصب فهى لاتبقى

---

(٨٤) المبسوط للسرخسى جـ ١١ ص ٧٨ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٣٢١ .

وقتين فالمنفعة التي فد يد الغاصب ليست موجودة فى يـــد المـــالك وبالتالى لاضرر أصابه ولايمكن الإدعاء بالغصب [٨٥] .

- يضاف لذلك أن الضمان يتعلق بالإتلاف ويستحيل اتـــلاف المنافع سواء أثناء وجودها أو بعد ذلك أو قبله لأن الإتلاف إذا طرأ على الوجود رفعه وإذا قارنه (أى صاحبه) منعه أما قبل الوجـــود فيستحيل اتلاف المنفعة لأنه لايرد على المعدوم والمنفعة معدومـــة قبل وجودها .

- ولايتصور كذلك ورود الإتلاف بعد وجود المنفعـــة لأنـــها عرض لاتبقى زمانين فهى تتعدم بنفسها ولـــذا لايتصـــور إتلافـــها وبالتالى ينتفى الضمان [٨٦] .

- وأيا ما كان الرأى حول استحقاق العارية ومدى مســـئولية المعير عن ذلك إلا أنه إذا انتهى الأمر باستحقاقها ووجـــب علـــى المستعير تسليمها وتبين أنها هلكت فللمستحق تضمين المســـتعير أو المعير أيهما شاء والخيار له فإن رجع على المستعير فلا رجـــوع للأخير على المعير لأنه يضمن الهلاك فى هذه الحالة وبذات العلـــه

---

(٨٥) المبسوط حـــ ١١ ص ٧٨ وما بعدها .

(٨٦) تبيين الحقائق للزيلعى – السابق نفس الموضع ، الذخيرة – الســـابق – نفـــس الموضع .

فإن المستحق لو رجع على المعير يجوز للأخير الرجـــوع علـــى

المستعير [٨٧] .

[٨٧] مجمع الضمانات ص ٦٥ .

الفرع الرابع

سلطة المستعير على العارية

حال انتفاعه بها

- إذا كان من المسلم به أن للمستعير الإنتفاع بالعارية بحسب ما يقضى به الاتفاق أو العرف والعادة فإنه قد ثار التساؤل حول مدى حقه فى إعارة الشىء المعار لغيره ؟

- لقد حسم القانون المدنى هذا الأمر بعدم جواز إعارة الشىء المعار من قبل المستعير لغيره .

- وهذا ما جرى به نص المادة (١/٦٣٩) مدنى على أنه : «ليس للمستعير أن يستعمل الشىء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد وذلك طبقاً لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشىء أو يعينه العرف ولايجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » .

- وعلى هذا فالأصل هو عدم جواز الإعارة حتى ولو كانت بغير مقابل إلا إذا أذن المعير فى ذلك على أن يتقيد المستعير بحدود الإذن وفى هذه الحالة لاتنشأ علاقة ما بين المعير والمستعير

من الباطن وانما يتوسط بينهما المستعير الأصلى كما تقضى بذلك القواعد العامة .

– وإذا أخل المستعير بالتزامه بأن نزل عن الانتفاع لآخر جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض [٨٨] .

– ومسألة مدى جواز الإعارة من المستعير ليست محل اتفاق بين فقهاء المسلمين وذلك لإختلافهم حول تكييف حق المستعير على العارية وهل يتملك المنفعة أم يباح له الانتفاع فقط . ويمكن أن نتبين فى هذا الصدد اتجاهين :-

– الأول :

– يرى الحنابلة وفى أحد أقوال الشافعية أنه ليس للمستعير الحق فى أن يعر لغيره والسبب فى ذلك أن العارية عندهم تعنى إباحة المنفعة وليس تمليكها ومن كان شأنه كذلك لايستطيع أن يبيح لغيره فالمستبيح لايملك نقل ما أبيح له بدليل أن الضيف لا يبيح لغيره ما قدم له [٨٩] .

([٨٨]) د. السنهورى – السابق ص ١٥٤١ .

([٨٩]) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٤ ، المغنى لإبن قدامه جـ ٧ ص ٣٤٧ .

- الثانى :

- يرى الحنفية والمالكية وبعض الشافعية أن المستعير يجوز له الإعارة لغيره لأن العارية تمليك للمنفعة بغير عوض ولهذا يجوز للمستعير تمليك الإعارة قياساً على ملكية المستأجر منفعة العين وبالتالى يستطيع تمليك الإجارة لغيره (٩٠) .

- غير أن الأحناف قد قيدوا حق المستعير فى الإعارة بحسب طبيعة العارية نفسها فإن كانت مما يختلف بإختلاف المستعمل فلا يجوز له إعارته لأن الناس يتفاوتون فى استعمال بعض الأشياء .

- وثمة قيد آخر وهو أنه يشترط - حتى تصح عارية المستعير - ألايكون قد سبق له الانتفاع بالعارية فإن كان قد فعل سقط حقه فى الإعارة فإن أعارها فلا يجوز له استردادها للإنتفاع بها إذ أن المقصود من الإعارة قد تحقق ولايجوز تحصيل المنفعة مرة أخرى(٩١) .

---

(٩٠) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ٢١٤ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٧ ص ٣٠٤ ، شرح الخرشى ، جـ ٦ ص ١٢٠ .

(٩١) المبسوط للسرخسى جـ ١١ ص ١٤٠ ، تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٨٦ ومابعدها .

- وجدير بالذكر أن الرأى الراجح لايجيز للمستعير تـــأجير العارية لأنه لايملك المنافع وإنما أبيحت له فقـــط ولـــهذا لايجوز له أن يُملكها ففاقد الشيء لايعطيه (٩٢) .

- فإن خالف هذا الالتزام وقام بتأجير العارية فهلكت أو تلفت كان عليه الضمان ولايجوز له الرجوع على المستأجر من الباطن بما دفعه للمعير وإنما للأخـــير إن إراد تضميـــن المستأجر فله ذلك وللأخير بدوره الرجوع على المســتعير بشرط أن يجهل أن ما استأجره كان عارية أمـــا إن كـــان يعلم ذلك فالأمر ليس مفاجأة له وبالتالى ليس له الرجـــوع على المستعير بشيء (٩٣) .

---

(٩٢) المغنى لإبن قدامة حـــ ٧ ص ٣٤٣ .

(٩٣) مجمع الضمانات ص ٥٥ .

المبحث الثانى

التزام المستعير بالمحافظة على العارية

- نظراً لأن العارية من عقود التفضل فيجب على المستعير المحافظة على الشيء المعار وأن يهتم بصيانته اهتمامه بماله الخاص [٩٤] .

- وحول التزام المستعير بالمحافظة على العارية تثور عدة تساؤلات عن مقدار العناية الواجبة وما حكم هلاك العارية بسبب أجنبى؟ وثمة تساؤل آخر يدور حول قيام المستعير - وهو فى سبيل إنفاذ التزامه - بإنفاق بعض المصروفات على العارية فما مدى حقه فى المطالبة بها ؟ ثم هل يمكن له حبس الشيء المعار وإمساكه عن المعير حتى يتحصل على ما أنفقه؟

- تساؤلات ثلاث سوف نتناولها فى مطالب ثلاثة على النحو التالى :

المطلب الأول : مقدار العناية المتطلبة من المستعير وحكم الهلاك بسبب أجنبى .

---

(٩٤) د. محمد كامل مرسى - العقود المدنية الصغيرة - ص ٢٥٤ .

المطلب الثانى : حكم المصروفات التى ينفقها المستعير .

المطلب الثالث : مدى حق المستعير فى حبس الشىء المعار.

المطلب الأول

مقدار العناية المتطلبة من المستعير وحكم الهلاك بسبب أجنبى .

- النص القانونى : -

- تنص المادة (٦٤١) من القانون المدنى على الآتى : « ١- على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشيء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . ٢ - وفى كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه بإستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه » .

- تناول النص السابق حكم مسألتين الأولى خاصة بمقدار العناية الواجب على المستعير بذلها فى سبيل المحافظة على الشيء المعار والثانية حكم هلاك العارية بسبب أجنبى .

- ونتناول المسألتين فى فرعين على النحو التالى : -

الفرع الأول : مقدار العناية المتطلبة من المستعير .

الفرع الثانى : حكم هلاك العارية بسبب أجنبى .

الفرع الأول

مقدار العناية المتطلبة من المستعير

- أولاً فى نطاق القانون المدنى : -

- التزام المستعير بالمحافظة على الشيء المعار هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .

- والالتزام ببذل عناية يكون حيث لايطلب من المدين تحقيق غاية معينة وإنما كل المطلوب منه هو بذل الجهد بدرجة من الحرص والحيطة والعناية وصولاً لغرض معين سواء تحقق هذا الغرض أم لم يتحقق (٩٥) . وهذا ما ينطبق على التزام المستعير فهو مكلف ببذل الجهد والعناية اللازمة فى سبيل المحافظة على الشيء المعار .

- ولقد جمع نص المادة (٦٤١) بين المعيارين المادى والشخصى. وتفصيل ذلك أن المشرع أوجب على المستعير أن يبذل من العناية ما يبذله فى حفظ ماله الخاص وذلك هو المعيار

---

(٩٥) د. عبد المنعم البدراوى - النظرية العامة للالتزامات حـ ١ - مصادر الالتزام ص ١٧ ط ١٩٧١ .، د. حسام الأهوانى - النظرية العامة للالتزام حـ ١ مصادر الالتزام ص ٢٧ ط ١٩٩٥ .

الشخصى إلا أنه اشترط ألا ينزل بهذا المقدار عما يبذلــه الرجــل المعتاد فى مثل هذه الظروف وذلك هو المعيار المادى .

- وعلى ذلك لو كان المستعير شخصا شديد الحــرص فــى الحفاظ على ماله ويتجاوز فى بذل العناية ما يبذله أواســط النــاس (الرجل المعتاد) فيكون ذلك هو القدر المطلوب منه فى الحفاظ على الشىء المعار .

- وعلى العكس من ذلك لو كان المســتعير شــخصا شــديد الإهمال فى المحافظة على ماله فيجب عليه وهو بصدد المحافظــة على العارية أن يرتفع بحرصه وعنايته ليصل إلى مقدار ما يبذلــه الرجل المعتاد فى مثل ظروفه .

- وهذا أمر فى صالح المعير فهو يستفيد إذا كــانت عنايــة المستعير فوق المتوسط ولا يضار إذا كــانت تلــك العنايــة دون المتوسط [٩٦] .

ثانيا - فى نطاق الفقه الإسلامى :

- يلتزم المستعير بالمحافظة علــى العارية وإن كان فقهاء المسلمين لم يفردوا لهذا الالتزام قسما خاصا

---

(٩٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨١ .

به اكتفاء بالخطاب العام الوارد فى الآيات والأحـــاديث المختلفـــة وبحض هذا الخطاب على مكارم الأخلاق ورد الأمانات إلى أهلـــها والعارية ما هى إلا أمانة يجب ردها كما تسلمها المستعير ولايتـأتى ذلك إلا بالحفاظ عليها يضاف لذلك ما يمكن استنباطه من مظـــاهر لهذا الالتزام فى كتاب العارية بالمؤلفات الفقهية المختلفة .

– ونستعرض هذه المظاهر فيما يلى : –

١ - من القرآن الكريم :

– يقول المولى عز وجـل : «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها [٩٧] .

– وتعد هذه الآية من أمهات الأحكام والخطاب فيها عام يشمل جميع الناس ويحثهم على ضرورة حفظ الودائـــع والتحـــرز فـــى الشهادات وكذلك تعد الصلاة والزكاة وسائر العبـــادات أمانـــة الله تعالى .

– فالأمانات مردودة إلى أربابها الأبرار منهم والفجار والآيـــة بنظمها شاملة لكل أمانة كالوديعة واللقطة والرهن والعارية لقولـــه

([٩٧]) سورة النساء الآية (٥٨) .

صلى الله عليه وآله وسلم : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخـــن من خانك ». ولقد أكد صلى الله عليه وآله وسلم علـــى ذلـــك فـــى خطبة الوداع بقوله : «العارية مؤداة والمنحـــة مـــردودة والديـــن مقضى والزعيم غارم» . وروى بن القاسم عن مالك أن من استعار حيواناً أو غيره مما لا يغاب عليه فتلـــف عنـــده فـــلا يضمنـــه إلا بالتعدى. وهذا قول الحسن البصرى والنخعى وهو قول الكوفييـــن والأوزاعى قالوا : ومعنى قوله صلـــى الله عليـــه وآلـــه وســـلم : «العارية مؤداة» هو كمعنى قوله تعالى : «إن الله يأمركم أن تـؤدوا الأمانات إلى أهلها » . فإذا تلفت العارية بدون تعد من المســـتعير فلاضمان عليه وعلى العكس إذا كان التلف بتعد منه فهو ضـــامن لذلك [٩٨] .

٢ - من السنة :

أ - عن الحسن عن سمرة عن النبـــى صلـــى الله عليه وآله وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [٩٩] .

([٩٨]) تفسير القرطبى حـ ٢ ص ١٩١٩ .

([٩٩]) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٥ ص ٣٣٥ ومابعدها .

- والحديث يفيد بعبارته التزام المستعير بحفظ العارية وتسليمها للمعير فى نهاية العقد أو عند طلبها حسب الأحوال لأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن فى الإتلاف فوجب عليه الحفظ والضمان عند التلف [١٠٠].

- وقوله : «على اليد ما أخذت» لايفهم منه المراد إلا تقديراً أى بافتراض مقدر وهو إما الضمان أو الحفظ أو التأدية فيكون المعنى أن على اليد ضمان ما أخذت أو حفظ ما أخذت أو تأدية ما أخذت [١٠١].

- وطريق الاستدلال السابق هو ما يسميه علماء الأصول : «اقتضاء النص» [١٠٢].

ب - قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى خطبة الوداع : «العارية مؤداة» لأنها أمانة فوجب حفظها والضمان عند تلفها

---

[١٠٠] المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٤٢ .

[١٠١] نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٣٦ .

[١٠٢] اقتضاء النص هو دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على تقديره أو لايستقيم معناه إلا به فصيغة النص لاتدل عليه وإنما صحة الكلام أو استقامته عقلاً أو شرعاً تقتضيه وتتوقف عليه .

- أنظر : د. عبد المجيد مطلوب - أصول الفقه الإسلامى ط ١٩٩١ ص ٢٨٢ ، د. يوسف قاسم ، أصول الأحكام الشرعية ط ١٩٩١ ، ص ٣٥٢ .

ولايقدح فى ذلك أن يشترط المستعير عدم الضمان لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يؤثر فيه شرط عدم الضمان فيسقط الشرط ويبقى الضمان [١٠٣] .

٣ - الأصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان وهو مبدأ عام يسرى على كل العقود بما فيها عقد العارية لقولة صلى الله عليه وآله وسلم : «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . والضمان يكون عند التلف ولتفادى الضمان يجب الحفظ .

٤ - يجب على المستعير استعمال الشىء المعار فيما استعير من أجله فإذا استعار أرضا زراعية لزراعة محصول معين فيجب عليه الإلتزام بذلك فإن أراد زراعة غيره فيجب أن يكون من جنس المحصول المأذون فيه حتى لايضر الأرض أو يكون من المحاصيل التى تفيد التربة وتزيد خصوبتها كالفول والبرسيم فإن خالف ذلك يكون قد أهمل فى واجب الحفظ [١٠٤] .

---

(١٠٣) المغنى لابن قدامه - السابق نفس الموضع .

(١٠٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٨ .

- ويجب على المستعير أن لايعير الشيء دون إذن المعـــير ولكن له استيفاء المنفعة بنفسه أو بوكيله لأن الوكيل نائب ويده كيـد موكله [١٠٥].

- والعلة فى عدم جواز إعارة العارية من قبـل المسـتعير - فيما يتعلق بالحفظ - أن العارية من العقود ذات الاعتبار الشـخصى الذى تراعى فيه شخصية المستعير نظراً لاختـلاف الأيـدى فـى الاستعمال والحفظ ولو لم يكن المعير يدرك سلامة العارية تحـت يد المستعير ما أعارها له .

- والتزام المستعير بالمحافظة على العارية هو التزام ببـذل عناية بنفس المضمون السابق طرحه فى نطاق القانون المدنـى أى يجب عليه أن يبذل فى حفظ العارية ما يبذله فى المحافظـة علـى ماله الخاص دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد [١٠٦].

---

(١٠٥) المغنى لابن قدامه - السابق _ ٣٤٦ .

(١٠٦) ولقد طبق فقهاء المسلمين معيار الرجل المعتاد فى عقود كثيرة من ذلك : -

أ - أن الراعى يلتزم بحفظ ما فى رعايته من الخراف والأفراس ونحو ذلـك فـإذا سلمت إليه بعض الأفراس لحفظها مدة معلومة ودفع إليه أجر ذلك فاشتغل عنـها ببعض مهامه وترك الأفراس فضاعت فلا يضمن إذا كان مسلكه هـذا مألوفـاً ومعتاداً فيما بين رعاة الخيل والأنعم .

ب - وعلى العكس من ذلك لو أن الراعى كان أجير وحد (الأجير الخـاص الـذى يرعى لشخص واحد دون غيره) وضرب شاة ففقأ عينها أو كسر رجلها فإنـه==

- وللمستعير استعمال العارية فيما أذن له فيـــه لأن المعـــير أدرى من غيره بحال العارية وما يناسبها من استعمال وغير ذلـــك يعرضها للتلف أو الهلاك .

- مما ينافى الحفظ لهذا كان له أن يفرض المستعير أحـــوال الاستعمال الجائزة والتزام الأخير بها لا يعدو إلا أن يكون مظـــهراً من مظاهر تنفيذ التزامه بالحفظ (١٠٧) .

=== يضمن لأن أجير الوحد يضمن بالخلاف أى إذا خالف **الأصـــول** المتبعـــة والمتعارف عليها لدى أرباب مهنته وهو قد خالف **لأن حفظ الأنعـــام** لايقتضـــى ضربها وإنما يتحقق بالصياح ونحوه وهكذا **تساق الأغنام** .

حـــ - وكذلك البقار (حارس البقر) إذا جرت العادة **على أن مثله يعد منفذاً لإلتزامـه** إذا أرسل كل بقرة فى حراسته على بداية الطريق وهى تهتدى وحدها إلى مكـــان صاحبها فإن فعل ذلك وضاعت بعض الأبقار فلا ضمـــان عليـــه إذ المعـــروف كالمشروط .

- أنظر : الشرح الصغير حـــ ٣ ص ٥٧٤ ، مجمع الضمانـــات ، ص ٢٩ ومـــا بعدها .

(١٠٧) فى نفس المعنى : المغنى لإبن قدامه حـــ ٧ ص ٣٤٧ ، الشرح الصغير حـــ ٣ ص ٥٧٥ ، مغنى المحتاج حـــ ٢ ص ٢٦٤ .

الفرع الثانى

حكم هلاك العادية بسبب أجنبى

- **المبدأ العام :**

- الأصل أن يعفى المدين من المسئولية إذا حال بينه وبين تنفيذ التزامه قوة قاهرة بحسبان أنها حدث غير متوقع لايد للشخص فيه ولا يستطاع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً[١٠٨] .

- فإذا هلكت العارية تحت يد المستعير بسبب قوة قاهرة فالأصل اعفاءه من المسئولية عن عدم تنفيذ التزامه بالحفظ حتى لو ثبت أنه لم يبذل العناية الواجبة لأن القوة القاهرة تنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

---

(١٠٨) د. مصطفى عدوى – المصادر غير الإرادية ص ١١٧ ، د. حمدى عبد الرحمن – مصادر الالتزام – المصادر غير الإرادية ص ٥٢٣ ، د. حسام الأهوانى – السابق ص ٥٧٥ .

- يرى أغلب الفقه أن القوة القاهرة مرادف للحادث الفجائى (د. حسام الأهوانى – السابق نفس الموضع) فى حين يفرق البعض الآخر بين الاصطلاحين فالقوة القاهرة تتميز بالصفة الخارجية عن نشاط المدين كالصواعق والسيول غير العادية والزلازل والحروب أما الحادث المفاجىء فهو حدث يدخل فى دائرة النشاط مثل حريق فى مخازن المدين أو انفجار فى آلات مصنعه – د. حمدى عبد الرحمن السابق نفس الموضع .

- الاستثناء على المبدأ العام : -

- إذا كان الأصل هو أن المستعير يعفى من المسئولية حال هلاك العارية بقوة قاهرة إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءين أحدهما تشريعى والثانى اتفاقى .

- الاستثناء التشريعى : -

- أورد المشرع فى الفقرة الثانية من المادة (٦٤١) من القانون المدنى استثناء بمقتضاه يتحمل المستعير تبعة القوة القاهرة فى مظهر من مظاهر تشدد المشرع تجاه المستعير ولعل مضمون هذا الإستثناء ينبىء بالعلة التى لأجلها تشدد المشرع فى هذا الموقف وهو ما يظهر من استعراض هذا الإستثناء .

- وعلى ذلك لو هلكت العارية بقوة قاهرة تحمل المستعير تبعتها ولايعفى من المسئولية طالما كان بوسعه تحاشى أثر القوة القاهرة بأن يستعمل شيئاً من ملكه الخاص بدلاً من الشىء المعار أو كان مخيراً بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشىء المعار فآثر انقاذ ما يملك .

- ولعل السبب فى هذا التشدد أن المعير متفضل بعاريته على المستعير فلا يجب أن يقابله الأخير بهذا المسلك ولهذا فإن المشروع لايكتفى فى حالة القوة القاهرة باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناية فى حفظ ماله بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال الأخير على إنقاذ مال نفسه [١٠٩] .

- وترتيباً على ما سبق إذا استعار شخص سيارة من آخر لوجود سيارته فى الإصلاح وقبل خروجه بالسيارة المعارة جاءت سيارته من الإصلاح وكان الواجب عليه أن يستعملها ويترك السيارة المعارة إلا أنه آثر الخروج بالسيارة الأخيرة وأثناء سيره على الطريق فوجئ بمنطقة سكبت عليها بعض الزيوت المتسربة من إحدى الشاحنات المارة . مما أدى إلى انزلاقه وارتطامه بحائط على جانب الطريق أدى إلى تحطم السيارة المعارة ففى هذه الحالة يسأل عن تبعة القوة القاهرة .

- وكذلك لو شب حريق بمنزل المستعير ولم تكن أمامه فرصة لإنقاذ جميع الأموال لشدة الحريق فآثر إنقاذ بعض منقولاته تاركاً الشيء المعار يحترق ففى هذه الحالة يتحمل تبعة القوة

---

(١٠٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨٢ .

القاهرة (الحريق) إذ كان يجب عليه التحلى بنوع من الإيثار وينقذ الشيء المعار مقابل تفضل المعير به .

- الاستثناء الاتفاقى : -

- القواعد الخاصة بمسئولية المستعير ليست من النظام العام بل هى قواعد مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالفها وفقا لما تقضى به القواعد العامة فى المادة (٢١٧) من القانون المدنى [١١٠] .

- وعلى ذلك يجوز الاتفاق بين المعير والمستعير على إعفاء الأخير من تبعة القوة القاهرة حتى فى الحالة الواردة بالمادة (٢/٦٤١) سالفة الذكر فلا يسأل عن هلاك العارية حتى ولو كان بإمكانه تحاشى تلك النتيجة على نحو ما أسلفنا .

---

[١١٠] تنص المادة (٢١٧) على أنه : «١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة . ٢ - وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

-وعلى العكس مما سبق يمكن الاتفاق على تشديد مسئولية المستعير وذلك كمساءلته عن هلاك العارية بقوة قاهرة في غير ما ورد بالمادة (٦٤١ / ٢) .

-ويمكن الاتفاق على أن لا تبرأ ذمة المستعير إلا إذا هلكت أو تلفت العارية نتيجة حوادث محدده يتفق عليها الطرفان .

-على أنه لا يجوز للمستعير اشتراط إعفائه من المسئولية عن هلاك العارية إذا كان إخلاله بالالتزام بالحفظ نتيجة غش أو خطأ جسيم صدر عنه ومع ذلك يجوز الاتفاق على إعفائه إذا صدر الغش أو الخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه بحفظ العارية كأن يستعير أحد المقاولين بعض الآلات التي يستعين بها في استخراج ونقل منتجات محجره ثم يعهد بحفظها إلى بعض الخفراء الذين تسببوا بغشهم أو خطئهم الجسيم في هلاك كل أو بعض هذه الآلات [١١١].

-وفي نطاق الفقه الإسلامي فالأصل فيما يتفق عليه الطرفان هو اللزوم والنفاذ طالما لم يحل حراماً أو يحرم حلالاً وإذا كان

([١١١]) في تفصيل هذه الأحكام : د. عبد المنعم البدراوي – مصادر الالتزام ص ٤٢٢ ومابعدها ، د. السنهوري – الوسيط العقد ، ص ٩١٣ ومابعدها .

الأمر كذلك فيجوز الاتفاق على إعفاء المستعير من المسئولية عن هلاك أو تلف العارية أو الاتفاق على تشديد مسئوليته بأن يتحمل تبعة القوة القاهرة وهذا ما ذهب إليه بعض الشافعية من تحميل المستعير تبعة القوة القاهرة حتى ولو لم يستعمل العارية بل وحتى إذا لم يفرط فى حفظها تعللاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : «بل عارية مضمونة » ولأن العارية مال يجب رده إلى مالكه على أى حال فوجب الضمان [١١٢] .

([١١٢]) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٧ .

-على أنه توجد فى الفقه الإسلامى تطبيقات لايجوز فيها تشديد المسئولية كما فى حالة الأجير المشترك وهو الذى يستحق الأجرة بالعمل وليس بتسليم نفسه (الأجير الخاص هو الذى يسلم نفسه) وذلك مثل صانعى الملابس ومحلات صبغ الأقمشة وهو ما يسمى بعقد الاستصناع .

-فالأجير المشترك يعمل للناس جميعاً وليس لفرد بعينه وتسلم له الخامات لتصنيعها ولذلك سمى بالأجير المشترك.

-وفيما يتعلق بتضمينه نفرق بين أمرين : الأول ما لايمكنه الاحتراز عنه كالحريق ففى هذه الحالة لايضمن بالاتفاق . وإن اشترط عليه الضمان فالشرط لاغ . الثانى . ما يمكنه الاحتراز عنه وتفاديه فقد أختلف فيه بين مؤيد لتضمينه ومعارض لذلك وإن كان صاحب مجمع الضمانات يرى تضمينه فى هذه الحالة نظراً لتغير أحوال الناس وبذلك يحصل صيانة أموالهم . والسبب فى هذا الخلاف هو أن التزام الأجير المشترك بالحفظ ليس التزاماً أساسياً وإنما يأتى تبعاً للالتزام الأصلى .

-مجمع الضمانات ص ٢٧ .

المطلب الثانى

حكم المصروفات التى ينفقها المستعير

-قد يقوم المستعير بإنفاق بعض المصروفات على الشىء المعار مما يثير التساؤل عن مدى حقه فى استردادها ؟ . أم أن له الحق فى استرداد بعضها دون البعض الآخر ؟

-تناولت المادتان (٦٣٧ و ٦٤٠) من القانون المدنى حكم ما يقوم المستعير بإنفاقه من مصروفات على العارية وهى ثلاثة أنواع: -

١ - المصروفات الضرورية :

-المصروفات الضرورية هى اللازمة لحفظ الشىء من الهلاك أو التلف .

-وهذه المصروفات يلتزم المعير بردها للمستعير والعلة فى ذلك أنه هو نفسه كان سيضطر لإنفاقها لو كان الشىء تحت يده حفظاً له[١١٣]. يضاف لذلك أن ثمار العارية وملكيتها له فوجب أن

---

(١١٣) فى تفصيل أنواع المصروفات وحكمها أنظر : د.محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية ص ٥٣٧ ومابعدها ، د. طلبة وهبة خطاب نظام

يتحمل النفقات الضرورية اللازمة للمحافظة على ملكه فإذا قام بـــها المستعير فهو يقوم بما لا يجب عليه وعلى العكس من ذلك ولو كان السبب فى انفاق تلك المصروفات خطأ المستعير نفسه فـــلا يلـــتزم المعير قبله بشىء كما إذا استعمل المنزل المعـــار بطريقـــة سـيئة عرضته للهلاك مما أدى إلى تـــهدم الســـقف أو حـــدوث شـــروخ بالحوائط تهدد سلامة المبنى .

٢ - المصروفات النافعة :

-وهى التى تنفق بهدف إدخال التحسينات على الشىء وزيادة قيمته وصولاً للإنتفاع به على أفضـــــل وجـــه ممكن ولا علاقة لها بحفظ الشىء من الهلاك بل كان من الممكـــــن عدم إنفاقها .

-مثال ذلك : أن يقوم المستعير بتوصيل التيـــار الكـــهربائى للمنزل المعار أو المياه أو المجـــارى أو شـــق طريـــق بـــالأرض الزراعية المعارة لتسهيل النقل منها وإليها أو تكبد نفقات بخصوص توسيع مصرف الأرض الزراعية أو مجراها المائى .

الملكية ص ٤٤٢ ومابعدها ، د. محمد لبيب شنب - الوجيز فى الحقوق العينيـــة الأصلية ص ١٧٩ وما بعدها .

-وهذا النوع من المصروفات يأخذ الحكم الوارد فى المـــادة (٩٢٤) من القانون المدنى والتى تتناول حكم من يبنى فـــى أرض غيره بمواد من عنده وهو سيء النية .

-وصورة ذلك أن يستعير الشخص الأرض لمدة معينة فيقيـم عليها منشآت دون أذن المعير فإذا انتهت العاريـــة كـان للأخـير الخيار بين أمرين : فإما أن يطلب مـــن المســتعير الإزالـــة مـع التعويض إن كان له مقتضى وإما أن يستبقى هذه المنشآت مقـــابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فـــى قيمـة الأرض بسبب هذه المنشآت .

-وإذا كان الأصل هو أن حسن النية أمر مفترض إلا أن نص المادة (٢/٦٣٧) قد افترض فى المستعير حالئذ سوء النيـــة ولعـل السبب فى اعتباره كذلك هو : «علمه أنه ليس مالكاً للشـــيء وأنـــه لايجوز له أن يقوم بالمصروفات التـــى ليســت إلا نافعـــة دون أن يعرض نفسه لتحمل تبعة ذلك » [١١٤].

٣ - المصروفات الكمالية :

-وهى المصروفات التى يبذلها الشـخص بغرض الزينة وجمال الشيء فهى لا تعود بفـــائدة وإنمـــا ينفقـــها

---

[١١٤] مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٧١ .

الشخص لمزاجه الخاص أو إرضاء نزواته حتى يروق الشيء في عينه .

-وذلك كأن ينشئ المستعير نافورة بحديقة المنزل المعار أو أن يضع التحف والتماثيل بمدخله أو أن يحيط الأرض الزراعية بسور مبالغ فى تكلفته بدرجة تتجاوز حدود المألوف . أو أن يضع الوقود فى السيارة أو الآلة المعارة أو يضع قطع غيار بدلاً من التالفة بالاستعمال .

-ولقد تناولت المادة (٣/٩٨٠) من القانون المدنى حكم هذه المصاريف وهو أنه لايحق للمستعير المطالبة بها طالما كان إنفاقها بسبب إعداد الشيء للإستعمال وإنما له نزعها مع إعادة الشيء لحاله إلا إذا اختار المعير استبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة.

-ولكن يلاحظ أن سبب عدم أحقية المستعير فى المطالبة بتلك المصروفات أنها كانت بمناسبة الاستعمال العادى للشيء أما إذا تجاوز الأمر حدود هذا الإستعمال مما اضطر المستعير لأن يتكبد مصروفات كبيرة لاتتكافأ مع الإستعمال العادى ولم يكن المستعير يعلم بإحتياج الشيء لذلك ولم يكن باستطاعته التخلى عنه لشدة احتياجه إليه فإنه يرجع بتلك المصروفات على المعير لا بإعتبارها

ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك ولا بإعتبارها نافعة وإلا لم يكن له الرجوع بها وإنما لأنها مصروفات غير عادية لإستعمال الشيء المعار [١٠٤].

---

(١٠٤) د. النسهورى - الإيجار والعارية ص ١٥٤٠ .

-وهذا هو نفس المعنى الذى ورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أن على المستعير «النفقات اللازمة لإستعمال الشيء فإذا أنفق على الشيء المعار ما يلزم لإعداده للاستعمال فإنه لايرجع بهذه النفقات إلا إذا كانت غير متكافئة بحال مع استعمال العارية وكان المستعير قد اضطر للقيام بها بسبب حاجته إلى الشيء المعار واعتماده على العارية دون أن يعلم بما يلزم من نفقات لإعداد الشيء للإستعمال .

- مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٤ ص ٦٧٨ .

المطلب الثالث

مدى حق المستعير فى حبس الشىء المعار

– قلنا بأن هناك بعض المصروفات التى قد يضطر المستعير إلى إنفاقها لحفظ الشىء من الهلاك وهى المصروفات الضرورية وله كذلك اقتضاء المصروفات النافعة طبقاً لأقل القيمتين كما سبق وأوضحنا .

– فإذا رفض المعير رد هذه المصروفات فللمستعير الحق فى حبس الشىء المعار والامتناع عن رده للمعير إلى أن يقتضى حقه طبقاً لما تقضى به القواعد العامة فى المادة (٢٤٦ مدنى) [١١٦] .

–ولقد تناول فقهاء المسلمين الحق فى الحبس كضمانة للحائز حتى يستوفى حقه فللبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن من

---

(١١٦) تنص المادة (٢٤٦) من القانون المدنى على أن : «١– لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢– ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له ان يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

المشترى وكذلك للأخير حبس الثمن إذا خشى فوات المبيـــع [١١٧] . وكذلك الوكيل بالشراء إذا اشترى ودفع الثمن من مالـــه الخـــاص للبائع فله أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما قام بدفعه للبائع من مالـه الخاص [١١٨] .

– ولقد اختلف فقهاء المسلمين حول حق المستعير فى حبـــس العارية حتى يستوفى ما أنفقه فى سبيل حفظ العارية وذلـــك إلـــى اتجاهين:-

-الأول :

– يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تحميل المستعير نفقـــات حفظ العارية لافرق فى ذلك بين عارية مؤقتـــة أو مطلقـــة [١١٩] . والسبب فى ذلك أن المعير قد تفضل على المستعير بترك العاريـــة له ينتفع بها فيجب أن يتحمل نفقات صيانتها إذ الغرم بالغنم فالعارية محبوسة طوع يمينه فوجب عليه نفقتها فمن يغنـــم المنـــافع يغـــرم

---

(١١٧) مغنى المحتاج حـــ ٢ ص ٧٣ ، المحلى لابن حزم حـــ٨ ص ٤٠٩ .

(١١٨) تبيين الحقائق حـــ ٤ ص ٢٦٠ .

(١١٩) البحر الرائق حـــ ٧ ص ٢٨ ، حاشية الدسوقى حـــ ٣ ص ٤٤١ ، الفتـــاوى الهندية حـــ ٤ ص ٣٧٢ .

النفقات ومن الظلم أن يقدم المعير ملكه للإنتفاع المجانى ونلزمـــــه كذلك بالإنفاق على صيانته .

- الثانى :

-وعلى عكس الاتجاه السابق يرى أصحاب هذا الاتجـــاه إلزام المعير بتحمل نفقة صيانة العارية لأن ملك الرقبة ما زال لـــه ومن هنا لزمته النفقة يضاف لذلك أننا لو حملنا المســـتعير نفقـــات الصيانة لخرجت العارية عن مضمونها وصارت إجارة والأجـــرة فيها هى النفقة بل قد تزيد النفقة عن أجـــرة المثـــل بـــها يخـــالف المعروف فى الاجارة وهى أجرة المثل (١٢٠) .

---

(١٢٠) نهاية المحتاج حـــ ٥ ص ١٢٥ ، الروض المربع حـــ ٢ ص ٢٢٠ ، حاشـــية الدسوقى – السابق نفس الموضع .

الفصل الثانى

التزام المستعير بالضمان

-تعريف الضمان [١٢١] :

- يقصد بالضمان فى هذا المقام التزام المستعير بتعويض المعير عن هلاك العارية أو تلفها . وهذا المضمون يمثل نقطة التقاء بين كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

- ولقد عرف بعض الفقهاء الضمان بأنه : «رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً » [١٢٢] .

- وبعضهم ذهب إلى أن الضمان عبارة عن شغل ذمة أخرى بالحق وهو يشمل ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب[١٢٣].

---

(١٢١) ورد بلسان العرب : الضمين : هو الكفيل وضمن الشىء : كفل به . وضمنه إياه أى كفلة والفعل ضمن. وضمنته الشىء تضميناً فتضمنه عنى:مثل غرمته .
- لسان العرب لإبن منظور - طبعة دار المعارف ص ٢٦١٠ «ضمن» .

(١٢٢) غمز عيون البصائر للحموى - شرح الأشباه والنظائر لإبن نجيم حـ٤ص ٦ .

(١٢٣) يقصد بضمان الوجه الالتزام بالإتيان بالمدين وقت الحاجة وهو وقت حلول الأجل ويبرأ ضامن الوجه بتسليم المضمون إلى المضمون له فى مكان يقدر==

– ويختلف حكم الضمان بحسب ما إذا كانت يد الضامن يـــد أمانة أو يد ضمان .

– وعلى ذلك نتناول تقسيم اليد إلى أمانه وضمان ثم نثنى ذلك بتناول ضمان العارية وذلك فى مبحثين على التوالى : –

المبحث الأول : يد الأمانة ويد الضمان .

المبحث الثانى : ضمان العارية .

=== رب الدين على خلاصه من الدين فيه أو بتسليم المضمـــون نفســه لـــرب الدين إن أمره الضامن بذلك .

–ويقصد بضمان الطلب الالتزام بالتفتيش عن الغريم والدلالة عليه من غير إحضـــار له .

–ولايصح ضمان الوجه فى غير مال فى حين يصح ذلك فى ضمـــان الطلـــب وإن كان فى قصاص أو تعزير .

–الشرح الكبير للدردير جـ ٧ ص ٣٢٩ ، أسنى المطالب للأنصارى جـــ ٢ ص ٢٣٥ .

المبحث الأول

يد الأمانة ويد الضمان

-المقصود بكل من يد الأمانة ويد الضمان :-

يقصد بـــاليد عمومـــاً حيازة الشيء والتى يعبر عنها بوضع اليد. إذاً المراد هو «وضـــع اليد على الشيء وحيازته» [١٢٤] .

-وفى الواقع فإن فقهاء شريعتنا الغراء لم يضعـــوا ضابطـــاً يميز بين كل من يد الأمانة ويد الضمان وإن كان بعضهم قد ذهـــب إلى أنه يقصد بيد الأمانة تلك اليد التى تحوز بسند شرعى ولم تكـــن لمصلحة صاحبها فقط وإنما لمصلحته وآخر كالمستأجر فهو يحـــوز لمصلحته والتى تتمثل فى الإنتفاع بـــالعين المؤجـــرة ولمصلحـــة المؤجر والتى تتمثل فى الحصول على الأجرة .

-أما يد الضمان فهى تلك اليد التى تحوز لمصلحة صاحبـــها فقط كيد المستعير حيث إن النفع يعود عليه وحده [١٢٥] .

---

[١٢٤] الضمان فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ص ١٠٢ .

[١٢٥] نهاية المحتاج حـ ٥ ص ١٤١ ، كشاف القناع حـ ٢ ص ٣٣٦ .

-وفى هذا الصدد تثور عدة تساؤلات حول أساس تقسيم اليـــد إلى أمانه وضمان ثم هل يختلف الضمان بـــإختلاف طبيعـــة اليـــد وأخيرا ما هو أثر التعدى على طبيعة اليد ؟ . تلك تساؤلات ثلاثـــة نتولى الإجابة عنها فى ثلاثة مطالب على النحو التالى : -

المطلب الأول : أساس تقسيم اليد إلى أمانه وضمان .

المطلب الثانى : اختلاف الضمان بإختلاف طبيعة اليد .

المطلب الثالث : التعدى وأثره على طبيعة اليد .

المطلب الأول

أساس تقسيم اليد إلى أمانة وضمان

-رغم أن الفقهاء لم يتعرضوا لتعريف كل من يد الأمانة ويد الضمان إلا أنهم ساقوا لنا بعض الأسس التى يمكن على ضوئها تحديد طبيعة اليد .

-وهذه الأسس تدور كلها حول سند الحيازة أو الهدف منها وأخيرا تتحدد طبيعة اليد على ضوء نية الحائز وهو ما يظهر لنا تفصيلا عند استعراض تلك الأسس بالتفصيل .

أولا- الحيازة الشرعية للمال :

-قد توصف يد الحائز بأنها يد شرعية سواء استمدت تلك الشرعية من إذن المالك بالحيازة أو إذن من الشارع وفى هذه الحالة تكون يد أمانة [١٢٦] .

-وعلى ذلك فيد المستأجر والمستعير يد أمانة وعلى العكس من ذلك فيد السارق والغاصب يد ضمان لأنها قامت على التعدى وغصب المال رغم إرادة صاحبه وبذلك افتقدت السند الشرعى .

([١٢٦]) كشاف القناع جـ٢ ص ٣٣٦، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٢١ .

-والفرق بين شرعية الحيازة وعدم شرعيتها (الغصب) يماثل الفارق بين حسن النية وسوئها .

-فالحائز حسن النية يتملك ثمار الشيء بالقبض . أما الحائز سئ النية فلا يتملك الثمار بالقبض بل يلتزم بردها للمالك سواء بعينها أو بقيمتها وقت قبضها ليس هذا فحسب بل يلتزم كذلك برد قيمة الثمار التى قصر فى قبضها إضافة إلى فوائد المبالغ المستحقة عليه [١٢٧] .

ثانيا - الهدف من الحيازة : -

-ذهب البعض إلى تحديد طبيعة يد الحائز من خلال الهدف من وراء الحيازة فإن كانت لتحقيق مصلحة الحائز كالمستعير فيده يد ضمان.

-وإن كانت لمصلحة المالك فهى يد أمانة كالمودع لديه [١٢٨].

ثالثا : الحيازة بنية التملك :

-قد يضع الحائز يده على المال بنية تملكه فما طبيعة يده فى هذه الحالة ؟ .

---

(١٢٧) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٠٨ ومابعدها ، د. محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية ص ٥٣٩ ومابعدها .

(١٢٨) كشاف القناع - السابق نفس الموضع .

-للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين أمرين : -

-**الأول :**

-إذا تم وضع اليد بإذن المالك بدون قصد التملك كانت يد الحائز يد أمانة كالمستعير .

-**الثاني :**

-إذا وضع يده على المال بنية تملكه بغير إذن المالك فيده يد ضمان كالغاصب .

-ويثور التساؤل حول طبيعة يد من يلتقط المال ؟

-فى هذه الحالة تتوقف الإجابة على نية الملتقط فإن اتجهت إلى رد اللقطة لمالكها كانت يده يد أمانة أما إذا حازها بقصد تملكها فيده عليها يد ضمان[١٢٩].

-ومعلوم أن حيازة المستعير حيازة ناقصة أى عرضية شأنه فى ذلك شأن المستأجر والمودع لديه فكل منهم يحوز لحساب المعير أو المؤجر أو المودع ويرتكن كل منهم فى حيازته إلى السند.

---

(١٢٩) د. وهبة الزحيلى – نظرية الضمان ص ١٧٤ ومابعدها .

القانونى الذى يخوله مباشرة الأعمال التى يمارسها علـــى الشـــىء الذى فى حيازته .

-فإذا أراد المستعير أن يحوز لحساب نفسه ويظـــهر علـــى المال المعار بمظهر المالك فإن ذلك لايتم له بمجرد تغير قصـــده أو نيته ولكن لابد أن يغير صفة حيازته ويكون ذلـــك بـــإجراء فـــى مواجهة المالك يظهر من خلاله قصده الجديد وهـــو أنـــه يحـــوز لحساب نفسه سواء تم ذلك عن طريق إنذار أو رفع دعوى ينكـــر فيها حق المالك على الشيء الذى يحوزه وهكذا [١٣٠] .

([١٣٠]) د. عبد المنعم البدراوى – حق الملكية ٤٣٨ ومابعدها – د. محمود جمـــال الدين زكى ، السابق ص ٥١٥ ومابعدها .

المطلب الثانى

اختلاف الضمان بإختلاف طبيعة اليد

يختلف ضمان الهالك أو التالف بحسب ما إذا كنا بصـدد يـد أمانة أم يد ضمان ، على النحو التالى : -

أولا - هلاك أو تلف المال تحت يد الأمانة : -

إذا هلك المال أو تلف تحت يد الأمانة فلا ضمان على صاحبها طالما لم يرجع الـهلاك أو التلف إلى تعد أو تقصير منه(١٣١).

- ومعنى ذلك أنه إذا تلف المال تحت يد الأمانة بلا تفريـط من صاحبها فلا ضمان عليه سواء كان الهلاك بفعل آدمى أو بآفـة سماوية .

ولقد استدل الفقهاء على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : " ما على المحسنين من سبيل والله غفور رحيم " (١٣٢) .

---

(١٣١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢١٧ ، الفتـاوى المهديـة ، جـ ٧ ص ٥٣٧ ، العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لإبن عابدين جـ ٢ ص ٨٠ .

(١٣٢) الآية (٩١) من سورة المائدة .

وتفيد الآية بعبارتها رفع العقاب عن كل محسن ولاشـــك أن الأمين يحسن إلى صاحب المال بالمحافظة عليه وصونه لـــه فـــلا يستقيم ذلك مع وجوب الضمان عليه طالما لم يفرط فى حفظ المـــال وصيانته (١٣٣) .

وقد يعترض البعض على أن الآية نزلت بخصوص الضعفاء والمرضى والفقراء الذين لايجدوا ما ينفقون الذيـــن أحبـــوا الحـــق وأولياءه وبغضوا أعداءه وأخلصوا فى العمـــل فـــهم فـــى مرتبـــة الإحسان ولذلك لا عقاب ولا حرج عليهم لعدم خروجهم للقتال نظرا لعذرهم . فإذا كانت الآية نزلت فى هؤلاء وهو حكم خاص فكيـــف نمدده لغيرهم ؟ .

– والإجابة على ذلك أن حكم الآية وهو عدم عقاب المحســـن جاء فيمن ذكر بلفظ عام إلا أن هذا الحكم يمكن تعديته لكل حالـــــة يكون صاحبها فى مقام الإحسان ولا شك أن من بين أصحاب هـــذا المقام الأمين الذى يحفظ المال حتى يؤديـــه لصاحبـــه كالمســـتعير

(١٣٣) تفسير القرطبى _ المجلد الرابع – تفسير سورة المائدة – طبعـــة دار الغـــد العربى – ص ٣١٥٢ – ٣١٥٣ .

وبذلك ننتهى إلى أن العبرة فى الاستدلال هـــى بعمــوم اللفــظ لا بخصوص السبب [١٣٤].

– واستدلوا من السنة بما روى عن عمرو بن شـــعيب عــن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : " لا ضمــان على مؤتمن ". وأخرجه الدارقطنى من طريق آخر عنـــه بلفــظ: " ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المســـتودع غــير المغل ضمان "[١٣٥] .

([١٣٤]) تشبه هذه الحالة مسألة طهارة ماء البحر الذى ورد بحديث سيدنا رســـول الله صلى الله عليه وآله وسلم الذى ورد به أن رجلاً قال : «يـــا رســول الله : إنـــا نركب البحر ومعنا القليل من الماء فإن توضأنا منه عطشنا أفنتوضأ بماء البحـــر فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : «هو الطهور ماؤه الحل ميتته » .

–فقد ورد اللفظ عاماً فى ماء البحر فيسرى على كل مناسبة يستعمل فيها هذا المـــاء بصرف النظر عن خصوصية السبب الذى قيلت العبارة فى شأنه .

– أنظر : د. عبد المجيد مطلوب – أصول الفقـــه ص ٣٩٥ ، د. يوســف قاســم أصول الأحكام الشرعية ص ٢٩٥ .

([١٣٥]) نيل الأوطار للشوكانى حـــ ٥ ص ٣٣٣ .

–والمغل هو الخائن فقد ورد فى لسان العرب : غَل يَغُل غُلُولاً . وأغـــل : خـــان . ويَغُل : يخون والغلول الخيانة . وفى الحديث أنه صلى الله عليـــه وآلـــه وســـلم أملى فى صلح الحديبية . أن لا إغلال ولا إسلال . والاغلال الخيانة والاســلال: السرقة . والمقصود هو لا خيانة ولا سرقة . وقد قال صلى الله عليـــه وســلم : «ثلاث لا يُغل عليهن ، قلب مؤمن . إخلاص العمل لله ومناصحة ذوى الأمــــر ولزوم جماعة المسلمين » . ومعنى ذلك أنه بتلك الثلاث لايكون معها فى قلبـــه غش ولا خيانة ولانفاق – اللسان ص ٣٢٨٦ .

- ووجه الاستدلال من الحديث الشريف أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع والمستعير إلا إذا كان مغلاً أى خائناً وهو يكون كذلك بالتعدى .

ثانياً - هلاك أو تلف المال تحت يد الضمان : -

- إذا هلك المال أو تلف تحت يد الضمان فهو مضمون بصرف النظر عما إذا كان الهلاك أو التلف بفعل الضامن أو بغير فعله حتى لو كان بآفة سماوية [١٣٦]: " بل ، حتى لو كان التلف راجعاً للمال نفسه ضمنه صاحب يد الضمان كأن تشرد الدابة وتسقط فى البئر فتموت[١٣٧].

- والدليل على ذلك قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"[١٣٨].

- والخطاب فى الآية الكريمة عام لأمة سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم بعدم جواز أكل المال بالباطل ومن ذلك الغصب وجحد الحق . فاليد الضامنة إذا لم تؤد المال لصاحبه فهو نوع

---

(١٣٦) المغنى لإبن قدامة حـ ٧ ص ٣٤٠ ، الشرح الكبير حـ ٥ ص ٣٧٤ وما بعدها .

(١٣٧) تكملة المجموع للمطيعى حـ ١٤ ص ٢١٠ .

(١٣٨) الآية (١٨٨) سورة البقرة .

من الجحود وأكل للمال بالباطل وأخذ له على وجه غير شرعي[١٣٩].

- ومن السنة قوله صلى الله عليه وآله وسلم : " لا يحل مال إمرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه " [١٤٠] .

- فمن وضع تحت يده مال فيجب عليه أداءه لصاحبه بحسب الاتفاق فإن جحده كله أو بعضه فذلك أكل للمال بالباطل فهو حرام إلا إذا رضى بذلك صاحب المال وعن طيب نفس منه .

---

[١٣٩] تفسير القرطبى جـ ١ تفسير سورة البقرة ص ٨٢١ وما بعدها .

[١٤٠] نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢٨٧ .

المطلب الثالث

التعدى وأثره على طبيعة اليد

بداية رأينا أن يد الأمانة لا ضمان عليها إذا وقع الهلاك أو التلف للمال بغير تفريط من صاحب اليد بعكس يد الضمان فصاحبها ضامن للهلاك أو التلف فى جميع الأحوال .

وإذا كان الأمر كذلك فالمقصود فى هذا المقام هو تحول يد الأمانة إلى يد ضمان فى حالة التعدى أو التفريط الذى ينتج عنه هلاك المال أو تلفه .

والتعدى فعل إيجابى يقصد به تجاوز الحدود المشروعة إلى غير المشروع كمن يستعمل العارية بطريقة تعرضها للتلف أو الهلاك وهو يعلم ذلك .

والتفريط فعل سلبى وهو ترك حفظ الوديعة أو العارية حتى تصاب بالهلاك أو التلف وهو يقابل فى القانون الوضعى مصطلح الإهمال الجسيم .

وأياما كان الأمر فإن كلا من التعـدى والتفريـط يجمعـهما معنى واحد وهو مجاوزة الحدود الشرعية فى حفظ الأمانة [١٤١] .

والمعيار فى معرفة ما إذا كان ما وقع من صاحب يد الأمانة يعتبر تعديا من عدمه هو واحد من ثلاثة أمور : -

الأول :

- يرجع إلى ما اتفق عليه الطرفان من شروط تنظم تلـك المسألة نزولا على مقتضى قوله صلى الله عليـه وآلـه وسـلم : "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[١٤٢].

الثانى :

- إذا لم يتفق الطرفان على تنظيم تلك المسألة فـالمرجع فى تقييم التعدى هو الدليل الشرعى كقوله تعالى : " إن الله يـأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها "[١٤٣] . والتعدى أو التقصير فى حفـظ الأمانة لدرجة تعريضها للتلف أو الهلاك فإنه حتمـا يحـول دون أدائها لصاحبها حتى إذا أعيدت (فى حالة التلف) فإنها لن تكـون بنفس الحال الذى كانت عليه وقت أن تسلمها المؤتمن .

---

[١٤١] فى تفصيل ذلك أنظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم حـ٥ ص ١٩٤، المهذب للشيرازى حـ ١ ، ص ٤١٥ .

[١٤٢] نيل الأوطار للشوكانى حـ ٥ ص ٢٨٦ .

[١٤٣] الآية (٥٨) من سورة النساء .

الثالث :

– فإن لم يوجد اتفاق ولا دليل شرعى فالمرجع هو ما تعارف عليه الناس فى حفظ الأمانات تأييدا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " . أى ما تعارف عليه المسلمون واستحسنوه وضبطوا معاملاتهم على وفقه فقد أقره الشارع طالما لا يحرم حلالا ولا يحل حراما(١٤٤) .

تساؤل :

– لقد ثار التساؤل حول مدى جواز اتفاق الطرفين على جعل يد الأمانة يد ضمان ؟ فهل يجوز أن يشترط أحد الطرفين على الآخر بأن تكون يده يد ضمان لا يد أمانة ؟ .

– باستقراء آراء الفقهاء فى هذه المسألة يمكن أن نتبين اتجاهين أحدهما يعارض مثل هذا الشرط بينما الآخر يجيزه .

الاتجاه الأول :

– يرى غالب الفقه أن مثل هذا الشرط غير جائز وليس معنى ذلك أن وجوده فى العقد يبطله أو يجعله فاسدا بل على العكس العقد صحيح ولكن يبطل الشرط فقط .

---

(١٤٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ .

ولقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبـــوا إلــه بـــأن الأصل فى يد الأمانة عدم الضمان طالما لم يحدث تعدى أو تفريــط على نحو ما سبق واشتراط الضمان فيها ينافى طبيعتها بل وينـــافى مقتضى العقد [١٤٥].

فاشتراط الضمان على المستعير أو المودع باطل لأن كليــهما أمين والأمانة تتنافى مع الضمان [١٤٦].

بل أكثر من ذلك أنه لو اشترط على صـــاحب يــد الأمانـــة الضمان وقبله فلا ضمان عليه حتى لو هلك الشئ أو تلــف طالمـــا بغير تعدى أو تفريط منه[١٤٧].

الاتجاه الثانى :

– يرى هذا الاتجاه أن القواعد الخاصة بمســـئولية المستعير لا تتعلق بالنظام العام فهى بمثابة قواعد مكملـــة يجــوز الاتفاق على ما يخالفها .

---

(١٤٥) الشرح الكبير للدردير – السابق حـ ٣ ص ٤٢٣ ، كشاف القناع للبـــهوتى – السابق حـ ٤ ص ١٦٨ .

(١٤٦) مجمع الضمانات ص ٥٥ .

(١٤٧) الشرح الكبير مع المغنى حـ ٧ ص ٢٨٣ .

- وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحيـــة للمشـــروع التمـــهيدى للقانون المدنى والتى ورد بها أن " ... كل ذلك نص عليه المشروع بإعتباره مقررا لنية الطرفين فيجوز الاتفاق على ما يخالفه " [١٤٨].

- وعلى ذلك إذا كانت يد المستعير يد أمانة فيجوز للطرفيـــن الاتفاق على تشديد مسئوليته وجعل يده يد ضمان فيكـــون مســئولا عن هلاك أو تلف العارية حتىَ ولو كان ذلك بقوة قاهرة وفى غــير الحالتين التى تناولهما المشرع فى المارة (٢/٦٤١) .

- وعلى العكس من ذلك يجوز الإتفاق على تخفيف مســئولية المستعير فلا يسأل حتى عن تقصيره فى الحفظ ما لم يرتكب غشـــا أو خطأ جسيما[١٤٩].(م٢١٧) من القانون المدنى .

---

(١٤٨) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨٢ .

(١٤٩) د. السنهورى - الايجار والعارية ص ١٥٤٧ ومابعدها .

المبحث الثانى

ضمان العارية

تمهيد وتقسيم :

– لقد ثار التساؤل حول ما إذا كانت يد المستعير يد أمانة أم هى يد ضمان ؟ وبعبارة أخرى هـل يضمـن المسـتعير العارية مطلقا أم أن ضمانه متوقف على تعديه أوتفريطه فى حفظها فقط بمعنى أنها لو تلفت أو هلكت بغير تعد أو تفريط فلا ضمـان عليه ؟ .

– لم تتفق كلمة الفقهاء حول الإجابة على التسـاؤل السـابق ويمكن أن نتبين فى هذا الصدد اتجاهات ثلاثة فمن الفقهاء من يرى الضمان المطلق للعارية ومنهم من يقصر الضمان علـى حـالتى التعدى أو التفريط وأخيرا من يرى أن الضمان يتوقف على حسـب طبيعة العارية.

– تلك اتجاهات ثلاثة نتناولها كل فى مطلب مستقل ثم نختـم المبحث بمطلب رابع نبين فيه رأينا الخاص فى المسألة ثم مطلـب خامس نتناول فيه حكم الضمان أو أثره . على النحو التالى :

- المطلب الأول : الضمان المطلق .
- المطلب الثانى : توقف الضمان على طبيعة العارية .
- المطلب الثالث : الضمان بالتعدى أو الإشتراط .
- المطلب الرابع : رأينا الخاص فى المسألة .
- المطلب الخامس : حكم الضمان .

المطلب الأول

الضمان المطلق

يرى الشافعية والحنابلة أن العارية مضمونة مطلقا إذا هلكت أو تلفت سواء بتقصير من المستعير أو من غير تقصير منه أو إهمال ويستوى أن تهلك العارية بفعل آدمى أم بآفة سماوية وسواء كان الشيء المعار مما يخفى هلاكه أو لا يخفى(١٥٠).

وسند هذا الاتجاه أن العارية مال يجب رده لمالكه فيضمن عند تلفه ولا يقدح فى ذلك أن يكون قد استعارها بشرط أن تكون أمانة لأن الشرط يلغو فى هذه الحالة (١٥١).

إلا أن أنصار هذا الاتجاه قد قيدوا الضمان فى هذه الحالة بإذن المعير بمعنى أنه لو أذن للمستعير بنوع من الاستعمال فحدث التلف فلا ضمان عليه (١٥٢).

---

(١٥٠) الأم للأمام الشافعى حـ ٣ ص ٣٦٤ وما بعدها ، المغنى لابن قدامة حـ ٧ ص ٣٤٠ وما بعدها ، الروض المربع - شرح زاد المستقنع حـ ٢ ص ٣٤٢.

(١٥١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٢٦٧ .

(١٥٢) تكملة المجموع - التكملة الثانية - حـ ١٤ ص ٣٦ وما بعدها .

وقد يحدث أن يشترط المستعير ضمان العارية عند تلفها بقدر معين إلا أن الشافعية يرون فساد هذا الشـــرط دون فســاد العقــد نفسه[١٥٣].

وقد يحدث أن تتلف العارية ويقع الخلاف بين الطرفين فيدعى المعير أن سبب ذلك هو استعمالها من قبل المستعير فى غــير مــا أذن به فى حين يدعى الأخير عكس ذلك ففى هذه الحالة نستصحب الأصل وهو براءة ذمة المستعير مع يمينه [١٥٤].

ويثور التساؤل حول مدى ضمان المستعير للتلف الجزئـــى للعارية؟ .

فى الأمر لدى أصحاب هذا الاتجاه بعض التفصيل : -

١ - إذا كان الجزء التــالف لا يذهــب بالاســتعمال فعلــى المستعير ضمانه لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه .

٢ - إذا كان ما تلف من أجزاء العارية يذهـــب بالإســتعمال بحسب طبيعته ففى الأمر رأيان : -

(١٥٣) المغنى لابن قدامة - السابق ص ٣٤٢ - مغنى المحتاج السابق نفس الموضوع .

(١٥٤) المجموع - شرح المهذب جـ ١٤ ص ٣٨ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٥ ص ١٢٥ .

الأول :

- يرى أصحابه ضمان المستعير لأن ما تلـــف هـــو جزء من عين مضمونة أصلا فيكون مضمونا تبعا لذلـــك ولأنـــها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفــت وحدها كسائر الأجزاء .

الثانى :

- وعلى العكس من الرأى السابق يرى أصحـــاب هـــذا الرأى عدم تضمين المستعير لأن الاذن فى استعمال العارية تضمن كذلك الإذن فى استعمال الجزء وبما أن التلف الحاصل نتيجة الإذن يحول دون ضمان العارية كلها فكذلك ومن باب أولى فلا ضمـــان للجزء [١٥٥].

-أدلة هذا الاتجاه : -

-استدل القائلون بالضمان المطلق بالآتى : -

١-استعار سيدنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسـلم مـن صفوان أدرعا (جمع درع) فقال له : «أغصبا يا رســول الله ؟» .

---

(١٥٥) المغنى لابن قدامة حــ ٧ ص ٣٤٣ وما بعدها ، مغنى المحتاج - الســابق ، ص ٢٦٧ .

فقال له صلى الله عليه وآله وسلم : «بل عارية مضمونة» فـــأراد صفوان بذلك أن يستفسر عن مصير الأدرع فطمأنه صلى الله عليه وآله وسلم بأن الأدرع هى بمثابة عارية مضمونة ولفظ مضمـــون يكشف عن حقيقة العارية أى أن شأنها الضمان [١٥٦].

٢- عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال :«على اليد ما أخذت حتى تؤديه» [١٥٧].

-ووجه الاستدلال من الحديث السابق أنه يجب على الإنســان رد ما أخذته يده من مال غيره سواء كان ذلك بإعـــارة أو إجـارة وهو ما يفيد الضمان لأن العارية إذا كانت على المســتعير حتـى يردها فهو ضامن لها.

٣-يمنح العقد للمستعير الحق فى الانتفاع بالعارية والمعـــير يبذل له ذلك على سبيل التبرع دون مقابل ولم يأذن له فى الإتـلاف وعلى ذلك لو تلفت ضمنها المستعير لقوله صلى الله عليـــه وآلـــه

---

(١٥٦) الأم للإمام الشافعى - السابق ص ٣٦٥ ، نيل الأوطار للشوكانى جـــ ٥ ص ٣٣٧.

(١٥٧) نيل الأوطار للشوكانى - السابق ص ٣٣٥ وما بعدها .

وسلم : «الغرم بالغنم»[١٥٨]. أى أن المستعير يغنم الانتفاع المجانى بالعارية فعليه غرم تلفها أى ضمانها .

-يضاف لذلك أن حق المستعير مقصور على الانتفاع دون المساس بالعين فإن حدث ثبت الضمان لأنه يكون فى هذه الحالة كمن قبضها بغير اذن المالك .

- وإذا كان التزام المستعير برد العارية عند نهاية العقد كأثر من آثاره فإن المقابل لذلك هو ضمان قيمتها عند تلفها [١٥٩] .

---

(١٥٨) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢٦٥ .

(١٥٩) مغنى المحتاج - السابق ص ٢٦٧ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٧٠ .

المطلب الثانى

توقف الضمان على طبيعة العارية

-يرى المالكية أن الضمان وعدمه يتوقف على طبيعة الشـــىء محل الإعارة وهم بهذه المناسبة يفرقون بين نوعين من العارية : -

-الأول : -

-إذا كان محل العارية مما يغاب عليه أى يخفى هلاكـــه كالحلى والثياب والطائرات والسفن والسيارات ... الخ . فالمســتعير يضمنه لأنه من السهل عليه الإدعاء بأنه ليس السبب فى التلــف أو الضياع فمثل هذا الادعاء لايقبل منه ويلتزم بالضمان ولا يشفع لـــه فى ذلك اشتراطه على المعير عدم الضمان . وإن كان هناك مـــن يرى عدم تضمينه إنفاذا للشرط .

-الثانى : -

-إذا كان محل العارية مما لايغاب عليـــه أى لايخفـــى هلاكه كالعقار والحيوان فالأصل عدم الضمان ولايقدح فـــى ذلـــك اشتراط المعير الضمان على المستعير فإن ثار الشك فـــى ســبب التلف أو الضياع فالقول للمستعير وهو صادق إلا إذا أخـــذ عليـــه

الكذب بقرينة كأن يدعى التلف أو الضياع فى وقت معين ثم يثبت أن العارية كانت معه بعد هذا الوقت .

-وقد يدعى المعير أن التلف أو الضياع إنما كان بتفريط المستعير وللأخير أن يدرأ عنه المسئولية إذا حلف أنه لم يفرط سواء كان التلف مما يغاب عليه أم لا [١٦٠].

-ولقد استدل المالكية لما ذهبوا إليه بحديث صفوان السابق ورده صلى الله عليه وآله وسلم بقوله : «بل عارية مضمونة». ونظرا لأن الدروع مما يخفى هلاكها فكانت مضمونه لأن هذا هو شأن ما يخفى هلاكه .

---

(١٦٠) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك حـ ٣ ص ٥٧٣ وما بعدها ، شرح الخرشى حـ ٦ ص ١٢٤ .

المطلب الثالث

الضمان بالتعدى أو الإشتراط

– للأحناف فى مسألة الضمان قولين أحدهما يــرى وجــوب الضمان بالتعدى والتفريط فى حين ذهب البعــض منــهم إلــى أن الضمان لايجوز إلا بالإشتراط وعلى ذلك نتناول كلا الرأيين كــل فى فرع مستقل على النحو التالى :

- الفرع الأول : الضمان بالتعدى .

- الفرع الثانى : الضمان بالإشتراط .

الفرع الأول

الضمان بالتعدى

-اتجه الأحناف - فى قول لديهم - إلى أن يد المستعير هى يد أمانة لايد ضمان فهو لايضمن إلا إذا كان التلف واقعا بالتعدى أو التفريط . أو كانت العارية مستحقة للغير ففى هذه الحالة يضمن المستعير العارية فى مواجهة المستحق ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع والواهب لايضمن (١٦١).

-وإذا وقع الخلاف بين المعير والمستعير حول سبب تلف العارية أو هلاكها فيدعى الأخير أن فعله كان بسبب إذن من المعير الذى أنكر ذلك ونفاه فالأصل أن يضمن المستعير فى هذه الحالة إلا أن يقيم الدليل على اذن المعير (١٦٢) .

-ولقد رد أصحاب هذا الاتجاه على ماذهب إليه الاتجاه الأول من أن العارية مضمونه مطلقا بدليل ما ورد بحديث صفوان بأن ذلك لايدل على إطلاق الضمان لأن لفظ «مضمونة» الوارد

---

(١٦١) بدائع الصنائع حـ ٦ ص ٢١٦ ، المبسوط للسرخسى حـ ١١ ص ١٣٤ وما بعدها، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، حـ ٧ ص ٣٠٦ ، تبين الحقائق للزيلعى حـ ٥ ص ٨٥ .

(١٦٢) العقود الدرية - حـ ٢ ص ٨٠ .

بالحديث إنما أريد به الإشارة إلى الصفة المخصصة لها فكأنه يقول له أستعيرها منك عارية متصفة بأنها مضمونة لا عارية مجردة عند الضمان يضاف لذلك أن هذا الحديث روى بلفظ آخر سيأتى فى موضعه عند استعراض الأدلة[١٦٣].

-أدلة هذا الاتجاه : -

١ - ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : «ليس على المستعير غير المغل ضمان» وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : «لاضمان على مؤتمن»[١٦٤].

- ووجه الاستدلال أن المستعير إنما قبض العارية بإذن المعير فكانت بمثابة أمانة فيده عليها يد أمين لاضامن مثلها فى ذلك مثل الوديعة وتفسد الأمانة بالخيانة وهى الغلول فإن حدثت ضمن العارية .

---

(١٦٣) الفتاوى الهندية ، حـ ٤ ص ٥٣٧ ، نيل الأوطار للشوكانى-السابق ص ٣٣٧ .

(١٦٤) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٥ ص ٣٣٣ .

٢- عن عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى عن أبيـــه قال: قال رسول صلى الله عليه وآله وســـلم : «إذا أتتــك رسـلى فأعطهم ثلاثين بعيرا وثلاثين درعا» . فقلت يارسول الله : أعاريـــة مضمونه أم عارية مؤداة ؟ قال : «بل عارية مؤداة» [١٦٥].

-وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : «مؤداة» ينفى الضمـــان عن العارية ويفيد بأنها أمانة يؤكد ذلك قوله تعالى : «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » [١٦٦].

٣-لا يجب الضمان على المستعير لأنه لم يأت منه ما يوجـب ذلك لأن الضمان لايكون إلا بالعقد أو القبض أو الإذن ولاشىء من ذلك يوجب على المستعير الضمان .

-وتفصيل ذلك أن عقد العارية يفيد تمليك المنافع أو إباحتـــها ولايتعرض للعين ذاتها مما ينفـــى الضمـــان . أضـــف لذلـــك أن المستعير قد قبض محل العارية بإذن المعير وليس تعديا والوصـــف الاخير هو الذى يوجب الضمان فلما انتفى فلا ضمان [١٦٧].

---

(١٦٥) سبل السلام حـ ٣ ص ٩٩ .

(١٦٦) سورة النساء آية (٥٨)

(١٦٧) شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير حـ ٩ ص ٨ وما بعدها .

الفرع الثانى

الضمان بالإشتراط

-اتجه الأحناف - فى قول آخر لديهم - أن الأصل فى العارية عدم الضمان إلا إذا اشترط المعير على المستعير ذلك . فـــإن لـــم يشترط فلا ضمان إستنادا إلى أن اشتراط الضمان لا مخالفة فيــــه لطبيعة العقد [١٦٨].

فالأصل هو حرية المتعاقدين فى ترتيب أوضاعهم التعاقديـــة سواء من حيث نوع العقد أو ما يقترن به من شروط طالما لم يـــرد نص شرعى يحظر ذلك أو يحرمه لقوله تعالى : " يا أيـــها الذيـــن آمنوا أوفوا بالعقود " [١٦٩] .

وكذلك ما روى عن عمرو بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حـــرم حلالا أو أحل حراما " [١٧٠] .

---

(١٦٨) بدائع الصنائع حـ ٦ ص ٢١٦ .

(١٦٩) الآية الأولى من سورة المائدة .

- يقول القرطبى فى تفسيره أن المقصود بذلك هو عقود الدين وهى ما عقده المـــرء على نفسه من بيع وشراء وإجارة ... الخ طالما لم يخرج ذلك عن حدود الإطار الشرعى فكل ما وافق كتاب الله من عقد أو شرط وجب الوفـــاء بـــه . تفســـير القرطبى ص ٢١٣١ - ٢١٣٢ .

(١٧٠) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٥ ص ٢٨٦ .

فالأصل هو أن العقد أو الشرط طالما لم يعطل غاية شروعية فهو صحيح يجب الوفاء به إستناداً إلى أن لزوم العقد يجد أساسه فيما تراضى عليه الطرفان وما أوجبه كل منهم على نفسه (١٧١).

---

(١٧١) الفتاوى لإبن تيمية جـ ٣ ص ٢٣٩ .

- وتجدر الاشارة إلى أن الظاهرية لايعترفون بالقياس وإنما يقفون عند ظاهر النص ومن هنا كانت تسميتهم بالظاهرية ولهذا لم يعترفوا بالشروط بين المتعاقدين ويعتبرون مثل هذا الشرط باطل وكذلك العقد لأن فى إبطال الشرط إبطال للرضا بالتعاقد وبذلك ينهار ركن الرضاء مما يعدم العقد .

- ولا يعترف الظاهرية إلا بسبعة شروط فقط قام الدليل عليها فى الكتاب أو السنة وأول هذه الشروط : ١- اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى لقوله تعالى : «ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» . ٢-اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى لقوله تعالى: «إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه» . ٣- اشتراط أداء الثمن عند الميسرة سواء ذكر أجل السداد أم لم يذكر لقوله تعالى : «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة» . ٤- تراضى المتبايعان على اشتراط صفة فى المبيع لقوله تعالى : «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» . ٥ - اشتراط عدم الخلابة لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن المنذر : «إذا تبايعت فقل لاخلابة ثم إنك بالخيار ثلاثة أيام » . ٦ - اشتراط شمول بيع أصول النخل ثمارها المؤبرة سواء قبل طيبها أو بعده . ٧ - اشتراط المشترى أن يدخل مال العبد فى صفقة شرائه ودليل الحالتين الأخيرتين ما رواه عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع » .

- أنظر فى تفصيل ذلك : المحلى لإبن حزم جـ ٨ص ٤١٢ وما بعدها .

- تلك هى الشروط التى يعترف بها الظاهرية ودونها تكون باطلة هى والعقد الذى اشترطت فيه ومعنى ذلك : ان اشتراط الضمان فى العارية يبطل العقد جمعيه وهو ما لم يقل به أحد فضلاً عن أنه يوقع الناس فى حرج لم يجر به عرف ولا شرع مما يوجب طرح مذهبهم وإعمال مذهب الأئمة الآخرين==

فالأصل إذاً فى الشروط الإباحة وعلى هذا لا يجوز القضاء بفساد أو بطلان شرط لم يقم دليل من الشرع يؤيد ذلك القضاء خاصة إذا لم يكن هذا الشرط قد أحل حراماً أو حرم حلالا[١٧٢].

وكذلك لا يجوز إقرار شرط لم يرد به الكتاب أو السنة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط " [١٧٣].

والمقصود من الشرط الذى فى كتاب الله أى الموافق لأحكام الله التى أوردها فى القرآن الكريم والتى تعد بمثابة الإطار الشرعى العام لكافة الشروط بحيث إذا أتى الشرط موافقاً لها فكأنه قد ورد فى كتاب الله ـ لتوافقه مع الأحكام الواردة به . وبذلك تنتفى مظنة أنه ورد بكتاب الله حصر لكافة الشروط كما قد يفهم من عبارة الحديث .

=== انطلاقاً من الأصل وهو إباحة الشروط إلا ما كان منها محرماً لحلال أو محلاً لحرام .

(١٧٢) إعلام الموقعين لإبن قيم الجوزية جـ ٣ ص ٣٣٩ ومابعدها .

(١٧٣) فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٤١٦ .

المطلب الرابع

رأينا الخاص فى المسألة

- من استعراض المذاهب الثلاثة السابقة وما اتجهوا إليه في مسألة ضمان العارية من قبل المستعير فقد رأينا أن الشافعية والحنابلة يرون أن يد المستعير يد ضمان من البداية ويضمنونه مطلقا دون استثناء فيسأل عن هلاك أو تلف العارية سواء حدث ذلك بسبب تعديه أو إفراطه أو بقوة قاهرة وسواء كان الشئ المعار مما يخفى هلاكه أو لا يخفى .

- ولم يقر الشافعية والحنابلة اشتراط عدم الضمان من قبل المستعير ويرون بطلان الشرط دون المساس بصحة العقد . بل وصل الأمر إلى عدم إقرار الضمان الجزئى بأن يشترط المستعير ضمان العارية إذا جاوز التلف قدرا معينا .

- وعلى الطرف الآخر اتجه المالكية إلى حسم مسألة الضمان من خلال طبيعة العارية فإن كانت مما يخفى هلاكه ضمن المستعير الهلاك أو التلف وعلى العكس من ذلك لو كان الشئ المعار مما لا يخفى هلاكه فالأصل عدم الضمان إلا إذا وقع الهلاك أو التلف بتعدى أو تفريط من المستعير .

- أما الأحناف فهم يرون أن يد المستعير هى يد أمانة ولكنهم اختلفوا إلى قولين بشأن أساس ضمان المستعير فذهب بعضهم إلى أن المستعير يضمن إذا ثبت التعدى أو التفريط فى جانبه فى حين ذهب البعض الآخر منهم إلى أن الضمان لا يثبت إلا بالاشتراط أى باتفاق الطرفين على تضمين المستعير .

- وباستقراء المذاهب السابقة فإننا نميل إلى تأييد القول الأول للأحناف وهو أن الضمان لا يقع إلا بالتعدى أو التفريط انطلاقا من أن يد المستعير فى الأصل يد أمانة .

- ولا يقدح فى ذلك ما ذهب إليه البعض من أن يد المستعير يجب أن تكون يد ضمان استنادا إلى أمرين : الأول الارتفاع بمقدار العناية المطلوبة من المستعير بما يجاوز عنايته بماله الخاص إن كانت أقل من عناية الرجل المعتاد . الثانى : مساءلة المستعير عن تبعة القوة القاهرة إذا كان بمقدوره أن يتفادى أثرها على العارية ببذل ماله الخاص ولم يفعل(١٧٤).

- ونحن نخالف هذا الرأى ونرى أن ما أبداه من مبررات لا يشفع فى القول بأن يد المستعير يجب أن تكون يد ضمان فإذا كان

---

(١٧٤) د. الهادى السيد عرفة - المسئولية الناشئة عن وضع اليد ص٨٧ وما بعدها.

المقصود من ذلك تحقيق أكبر حماية للمعير وحث المستعير على بذل الجهد الذى يتوازى مع مكرمة المعير فإننا نرى فى يد الأمانة الحماية الكافية من كل الوجوه .

– آية ذلك أنه إذا كانت العارية من عقود الأمانة بما يعنى أن يد المستعير عليها يد أمانة فإن تلك اليد تنقلب إلى يد ضمان رغم وقوع الهلاك أو التلف بسبب لا يد للمستعير فيه إذا ثبت أنه كان بمقدوره تحاشى سبب الهلاك أو التلف أو كان أمامه أن ينقذ شيئا من ماله الخاص أو الشيء المعار فآثر إنقاذ ماله (م٦٤١/٢) وهو ما يتطابق مع مذهب الأحناف الذى رجحناه فهم وإن انتهوا إلى أن يد المستعير يد أمانة إلا أنها تنقلب إلى يد ضمان بالتعدى أو التفريط .

– قد يقال أن مذهب الشافعية والحنابلة يرى - من منطلق أن يد المستعير يد ضمان - تضمين المستعير حتى فى حالة الهلاك أو التلف بسبب القوة القاهرة وهو ما يتفق مع مسلك المشرع المصرى إلا أن هذا القول محل نظر فقد رأينا أن المشرع لا يلزم المستعير بالضمان المطلق وإنما فى حالتين قدر المشرع أن المستعير فيهما لم يرتفع إلى مستوى إحسان المعير الذى آثره على نفسه فى

الانتفاع بما له دون مقابل فكان الواجب أن يكون رد الإحسان بمثله ومسلك المستعير فى الحالتين ينبئ عن الجحود والأثرة وبأنه ليس أهلا لتفضل المعير فكان يناسبه الضمان فى هذه الحالة رغم أن ما حدث كان بسبب قوة قاهرة لا يد للمستعير فيها .

– أما خارج هاتين الحالتين فلا يسأل المستعير عن الهلاك أو التلف بسبب قوة قاهرة والسبب فى ذلك أن يده فى الأصل يد أمانة وليست يد ضمان .

المطلب الخامس

حكم الضمان (أثره)

- إذا هلكت أو تلفت العارية فى يد المستعير وثبت الضمان فى حقه فالأصل أن يضمنها بالمثل إن كانت من المثليات وبقيمتها إن كانت من القيميات .

- ولقد أثيرت فى هذا الصدد عدة تساؤلات حول الأسباب التى توجب الضمان والوقت الذى تقدر فيه قيمة التالف وأخيرا حكم الضمان فى حالة الإلتصاق .

- تلك مسائل ثلاث نتناولها فى فروع ثلاثة على النحو التالى:

الفرع الأول : موجبات الضمان .

الفرع الثانى : وقت تقدير قيمة العارية .

الفرع الثالث : حكم الضمان فى حالة الإلتصاق .

الفرع الأول

موجبات الضمان

أولا - فى نطاق القانون المدنى : -

- سبق القول بأن القواعد التى تنظم عقد العارية هى قواعد مكملة - شأنها فى ذلك شأن معظم القواعد التى تنظم المسئولية العقدية - يجوز الاتفاق على ما يخالفها فإن لم يحدث ذلك فإن حكم القواعد العامة هو الذى يطبق وعليه يسأل المستعير عن هلاك أو تلف العارية إذا وقع ذلك نتيجة تعدى أو تفريط منه .

- والأصل أن المستعير لا يسأل عن الهلاك أو التلف الذى يقع بسبب قوة قاهرة إلا أن المشرع خرج على تلك القاعدة - على ما رأينا - وقرر مسئوليته عن تبعة القوة القاهرة إذا كان بإمكانه تحاشى سبب الهلاك أو التلف بإستعمال شئ من ملكه الخاص أو كان مخيرا بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشئ المعار فآثر انفاذ ملكه الخاص . وعدا ذلك لايسأل عن تبعة القوة القاهرة لأنها فى الأصل سبب إعفاء من المسئولية[١٧٥].

---

[١٧٥] فى نفس المعنى د. حسين عامر - المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ص ٢.

ثانيا - فى نطاق الفقه الإسلامى : -

- ذكر الفقهاء جملة أسباب توجب ضمان المستعير وهى [١٧٦]:-

١ - إذا هلكت العارية تحت يد المستعير بعد فوات وقتها وعدم قيامه بردها إلى المعير .

٢ - قيام المستعير بإجارة العارية أو رهنها حيازيا فإن هلكت تحت يد المستأجر أو المرتهن ضمنها المستعير حتى لو كانت الإجارة والرهن بإذن المعير .

٣ - هلاك العارية تحت يد المستعير ثم استحقاقها لغير المعير ففى هذه الحالة يجوز للمستحق الرجوع بالضمان على المستعير .

- أما إذا لم تهلك العارية وإنما انتفع بها المستعير ثم استحقت فلمالكها (المستحق) أجر المثل مقابل الانتفاع وله أن يطالب به المعير أو المستعير فإن أداه الأخير رجع به على المعير لأنه كان السبب فيما حدث له ولانه غره بإيهامه تملك العارية وأن

---

(١٧٦) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢١٦ وما بعدها ، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) جـ ٧ ص ١٠٣ ، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٥٠ وما بعدها .

لا أجر عليه أما إن رجع المالك (المستحق) على المعير وأدى لـه الأخير أجر المثل فلا رجوع له على المستعير بشئ .

– وهذا على العكس مما قدمناه من ضمان المستعير لـــهلاك العارية قبل مالكها لأنه تسلم العارية مضمونة عليه فلا رجوع لـــه على المعير[١٧٧].

٤ - قيام المستعير بإعارة العارية بدون إذن صاحبها وهلاكها لدى المستعير الجديد فلا رجوع للمعير الأصلى على الأخير وإنمـا يرجع على المستعير منه .

٥ - إذا كانت العارية من الأشياء التى يغاب عليــها وهلكــت فيضمنها المستعير إلا إذا قامت البينة على أنها هلكت دون تعــد أو تفريط منه .

٦ - إذا سرقت العارية من المستعير نتيجة تفريط منـــه كــأن يستعير قلادة من ذهب ويتركها لصبى لا يعلم قيمتها فتضيع منه .

---

(١٧٧) المغنى لابن قدامة ، حـــ ٧ ص ٣٥٤ .

الفرع الثانى

وقت تقدير قيمة العارية

أولا - فى نطاق القانون المدنى : -

- الأصل أن يبادر المستعير بتنفيذ التزامه عينا أى بتسليم العارية فى نهاية العقد بالحالة التى كانت عليها وقت تسلمه إياها ولا يسأل عن النقص الحادث من الاستعمال المألوف فإذا استحال التنفيذ العينى لهلاكها فعليه رد مثلها إن كانت من المثليات فإن تعذر ذلك وجب التعويض بالقيمة .

- وبالنسبة لتقدير قيمة التعويض فالأصل هو ما اتفق عليه الطرفان وإلا قام القاضى بتلك المهمة (م ٢٢١ مدنى) على أساس ما لحق المعير من خسارة وما فاته من كسب .

- وعلى اعتبار أن مسئولية المستعير عقدية فهو لا يسأل عن التعويض إلا فى حدود الضرر الذى كان يتوقعه أثناء إبرام العقد (م٢٢١/٢) بشرط ألا يكون عدم تنفيذه لإلتزامه بحفظ العارية نتيجة غش أو خطأ جسيم .

- ونقدر قيمة الضرر وقت الحكم بالتعويض حتى لو كانت الأضرار مستقرة غير متفاقمة لأن تقدير تلك القيمة لايتوقف على

طبيعة الضرر بحسبانه مستقرا أم متغيرا وإنما تضاف لذلك عـــدة أمور على جانب كبير من الأهمية فالعارية الهالكة والتـــى يلـــتزم المستعير بالتعويض عنها بقيمتها فيجب أن تتناسب تلك القيمة مـــع الأسعار السارية وقت الحكم ومن المفترض أن يقوم المعير بشـــواء غيرها ولا يعرف ذلك إلا يوم الحكم حيث يستقر المركز القـــانونى للمعير بالنسبة لما يطلبه من تعويض .

- ليس هذا فحسب بل إن تقدير قيمة الضرر يوم الحكم قـــد يكون فى صالح المستعير نفسه نتيجة لإرتفاع قيمة النقود مما يقلـــل من قيمة المستحق فى ذمته كتعويض للمعير .

- وإذا كانت العارية تالفة غير هالكة فتقدر قيمة التعويـــــض عن التلف كذلك يوم الحكم بالتعويض لأنه هو اليوم الذى تقدر فيـــه قيمة الإصلاح[١٧٨].

ثانياً - فى نطاق الفقه الإسلامى :

- لم تتفق كلمة فقـــهاء شـــريعتنا الغراء حول الوقت الذى تقدر فيه قيمة التالف أو الهالك من العارية ويمكن أن نتبين فى هذا الصدد الاتجاهات الآتية : -

---

(١٧٨) أنظر فى معنى ذلك : نقض : ١٥ / ١٠ / ١٩٥٩ - الطعن رقم ٢٣٣ السـنة ٢٥ ق - س ١٠ ص ٥٧٤ ، نقض ٣ / ١٢ / ١٩٥٩ - الطعـــن رقـــم ٢٩٩ السنة ٢٥ ق - س ١٠ - ص ٧٥٠ .

١ - يرى الحنابلة أن قيمة العارية تقدر يوم تلفها . ولذلك فائدته حيث لايدخل فى الحساب قيمة الأجزاء التالفة بالإستعمال فتلك تخرج من نطاق الضمان لأن المنافع مأذون فى اتلافها فلا يجب عوضها ولأن الإذن بالإستعمال تضمن الإذن بالتلف فلا ضمان [١٧٩] .

٢ - يذهب الأحناف والمالكية إلى تقويم التالف يوم التعدى الموجب للضمان وتفصيل ذلك أن هلاك أو تلف العارية قد يكون قبل استعمالها أو اثناءه أو بعده .

أ - فإن كان قبل الإستعمال ضمن المستعير الأقل من قيمة العارية بمقارنة تلك القيمة قبل الاستعمال وبعده فإن كانت مائة قبل الإستعمال ثم قلت إلى سبعين بعد الاستعمال لزمه أداء السبعين .

ب - إن حدث الهلاك أو التلف أثناء الاستعمال ضمن قيمتها يوم آخر رؤية لها إن تعددت رؤيتها فإن لم تتعدد ضمن أعلى قيمة لها يوم قبضها أو يوم تلفها وهى عكس تقدير القيمة السابقة .

---

(١٧٩) المغنى لإبن قدامة جـ ٧ ص ٣٤٣ وما بعدها ، الروض المربع - السابق ص ٢٧٨ ، التكملة الثانية للمجموع - جـ ١٤ ص ٣٩ .

جـ - إن حدث الهلاك أو التلف بعد الاستعمال ضمن قيمتها يوم إنتهاء أجل العارية [١٨٠] .

٣ - فرق الشافعية بين المثلى والقيمى فإن كانت العارية من المثليات ضمنها المستعير بقيمتها يوم التلف أما إن كانت من القيميات فيضمنها بأعلى قيمة من يوم القبض إلى وقت التلف وإن كان صاحب مغنى المحتاج يرى تضمينها بقيمتها يوم التلف وليس بأقصى القيمة[١٨١].

---

(١٨٠) الشرح الصغير – السابق ص ٥٧٥ وما بعدها ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٣ ص ٤٣٦ ، الهداية – شرح بداية المبتدئ وشرح فتح القدير حـ ٩ ص ١٠ .

(١٨١) مغنى المحتاج – السابق ص ٣٦٥ ، وما بعدها ، التكملة الثانية ، للمجموع حـ ١٤ ص ٣٩ .

الفرع الثالث

حكم الضمان فى حالة الإلتصاق

– قد يقوم المستعير بالبناء أو الغراس فى الأرض المعارة ثم يقع الخلاف بينه وبين المعير حول حكم هذا البناء أو الغراس - فما الحكم؟.

فى نطاق القانون المدنى : –

– فرق المشرع - فيما يتعلق بحكم الالتصاق - بين البناء أو الغراس بحسن نية أو بسوء نية (م ٩٢٤ - ٩٢٥) [١٨٢].

---

(١٨٢) تنص المادة (٩٢٤) من القانون المدنى على أنه : « ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . ٢ – ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق الأرض ضررا إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقه » .

– وتنص المادة (٩٢٥) على أنه : « ١ – إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد أو أجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم=

- والبانى يكون حسن النية حينما يعتقد أن الأرض مملوكة له أو كان يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت أو يجهل أنه يبنـى دون إذن صاحب الأرض [١٨٣].

- وعلى العكس من ذلك يكون البانى سيئ النية إذا قام بالبناء أو الغراس على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره ولا حق له فيما يقوم به .

- ويتردد المستعير بين الوصفين السابقين فقد يكـون حسـن النية أو سيئ النية .

أولا - بناء المستعير وغراسه بسوء نية : -

- **يعـد المسـتعير** سيئ النية إذا قام بالبناء أو الغراس وهو يعلم بعدم أحقيته **فى** ذلـك أو تم ذلك رغم معارضة **المعير له** .

- وفى هذه الحالة أعطى **المشرع الخيار للمالك (المعـير)** الذى له أن يطلب من المستعير **إزالة المنشآت على نفقته مع حقـه**

=== يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغـت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها كان لـه أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » .

[١٨٣] د. عبد المنعم البدراوى - حق المكلية ص ٦٠ .

فى طلب التعويض عن الأضرار التى نجمت عن إقامة هذه المنشآت أو إزالتها . غير أنه يجب استعمال هذا الخيار فى موعد أقصاه سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت .

- وللمعير أن يختار إبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين فإما أن يعطيه قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو يعطيه ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (١٨٤).

- والأصل هو حسن النية وعلى المعير إثبات سوء نية المستعير بأن يبرز شرطا بعدم البناء أو الغراس ولا يكفى فى ذلك إثبات علم المستعير أنه لا يملك الأرض بل يجب فوق ذلك إثبات أنه أقام المنشآت دون إذن المعير أو رغم معارضته (١٨٥) .

- والعبرة فى تقدير حسن أو سوء نية المستعير هو وقت إقامة المنشآت (١٨٦) .

ثانيا - بناء المستعير وغراسه بحسن نية :

- نظرا لأن حيازة المستعير مشروعة وقد يغم عليه الأمر فيعتقد بأحقيته فى البناء أو الغراس فيعامل معاملة البانى حسن النية.

---

(١٨٤) د. عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٦١ ، د. محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٥٠ ، د. محمد على عمران - الحقوق الأصلية ص ٧٧ وما بعدها .

(١٨٥) فى هذا المعنى : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٢٠ .

(١٨٦) د. محمود جمال الدين زكى - السابق ص ٣٥٠ .

- واستصحابا لما سبق يطبق على المستعير الحكم الوارد بالمادة (٩٢٥) من القانون المدنى والذى بمقتضاه يكون للمستعير الخيار بين أن يطلب نزع المنشآت إذا لم يترتب على النزع ضرر جسيم أو يتركها على أن يؤدى له المعير أقل القيمتين فإما أن يعطيه قيمة المواد وأجرة العمل أو ما زاد فى ثمن أرض بسبب هذه المنشآت[١٨٧] .

- ويرى البعض أن الحكم السابق من تطبيقات الإثراء بلا سبب فالمواد وأجرة العمل تمثل افتقارا للمستعير حيث بذلها من ماله أما ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت فيمثل إثراء للمعير حيث تم البناء أو الغرس على أرضه دون أن يغرم شيئا من ماله فى مقابل ذلك[١٨٨] .

- فى حين يذهب الرأى الراجح إلى أن هذا الحكم ليس من تطبيقات الإثراء بلا سبب بل مصدره القانون لا واقعة الإثراء فضلا عن أنه لو كان من تطبيقات الاثراء بلا سبب لما كنا بحاجة لنص خاص (م٩٢٥) بل كان يكفى الإحالة إلى القواعد العامة فى

---

(١٨٧) د/ عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٣ وما بعدها .

(١٨٨) السابق ص ٦٤ .

الإثراء أضف إلى ذلك أن التزام المعير هنا يتقادم بمضى خمسة عشر سنة وعلى العكس من ذلك فإن التزام المثرى يتقادم بمضى ثلاث سنوات [١٨٩].

- على أنه إذا آثر المستعير إبقاء المنشآت نظير التعويض عنها فى حين قدر المعير أن مبلغ التعويض مرهق له فله أن يطلب تمليك المستعير الأرض مقابل تعويض عادل (م ٩٢٥ / ٢) .

ويلاحظ على حكم المادة (٢/٩٢٥) السابق الآتى : -

١- أن معيار تقدير الإرهاق هو معيار شخصى لا موضوعى قوامه القدرة المالية للمعير بغض النظر عن مقدرته أو عدم مقدرته على أداء التعويض فعلا فالإرهاق وحده من منظور المعير يشفع فى تطبيق الحكم السابق [١٩٠] .

٢- بمقتضى الحكم السابق يتملك صاحب المنشآت الأرض وبذلك نكون خارج دائرة الالتصاق إذ هو سبب لتملك صاحب

([١٨٩]) د/ محمود جمال الدين زكى - السابق ص ٣٥٣ ، د/ محمد على عمران - السابق ص ١٨٠ ، د/ السنهورى - الوسيط جـ ٩ أسباب كسب الملكية ص ٢٨٨ .

([١٩٠]) د/ السنهورى - السابق نفس الموضع ، د. محمود جمال الدين زكى - السابق ص ٣٥٤ ، د. محمد على عمران السابق ص ٨٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٢٢ .

الأرض للمنشآت والعكس ليس صحيحا فهو ليس سببا لتملك الأخير للأرض وإنما يكون سبب ذلك هو نص المادة (٢/٩٢٥) نفسه[١٩١].

٣- الحكم السابق بمثابة رخصة لصاحب الأرض له استعمالها أو الإمساك عنها فإن استعملها فله وحده تحديد ما يناسبه من توقيت وعلى ذلك لايجوز لصاحب المنشآت أو دائنيه إجباره على استعمالها[١٩٢].

- وجدير بالذكر أن حكم المادة (٩٢٥) بفقرتيها يطبق - من باب أولى - فى الحالة الواردة بالمادة (٩٢٦) من القانون المدنى وهى حالة من يقيم منشآت بمواد مملوكة له على أرض غيره بعد الحصول على ترخيص من صاحب الأرض بذلك .

- فى نطاق الفقه الإسلامى : -

-من استقراء أحكام الفقه الإسلامى فى مسألة بناء المستعير أو غراسه فى الأرض المعارة نتبين أن هناك حالتين لكل منهما حكمه وهو ما اصطلحنا تسميته بالبناء أو الغراس الإرادى وغير الإرادى .

---

(١٩١) د. محمود جمال الدين زكى - السابق - نفس الموضع .

(١٩٢) فى نفس المعنى : نقض مدنى : ١٩ / ٦ / ١٩٦٩ - مشار إليه د/ محمد على عمران - السابق ص ٨١ مقروءة مع هامش (٤) .

أولا - البناء أو الغراس الإرادى :

-إذا قـام المسـتعير بالبنـاء أو الغراس بإرادته فيختلف حكمه بحسب ما إذا كانت العارية مطلقة أم مؤقتة .

١- العارية المطلقة :

- بداية ليس للمستعير البناء أو الغراس بعـد ثبوت رجوع المعير فى عاريته فإن فعل ذلك وجب عليـه الـهدم والقلع لأن حكمه فى هذه الحالة حكم الغاصب [١٩٣] .

- فالكلام يتناول حالة قيام المستعير بالبناء أو الغراس أثنـاء سريان عقد العارية ثم يطالب المعير بأرضه والأصل أن يعيدهـا المستعير بحالتها التى كانت عليها وقت استلامها أى خاليـة مـن البناء أو الغراس .

-ولبيان حكم تلك الحالة نفرق بين أمرين : -

-الأول :

- إذا اتفـق الطرفان على قيام المستعير بالهدم أو القلـع بلا مقابل نفذ الاتفاق .

---

(١٩٣) المغنى لإبن قدامة جـ ٧ ص ٣٥٠ .

-الثانى :

-إذا لم يتفق الطرفان على حل لتلك المسألة فإننا نفــــرق بين فرضين : -

١- إذا قام المستعير بالهدم أو القلع إختيــارا فبــها ونعمــت ونلزمه إعادة الأرض لحالتها قبل البناء أو الغراس : -

٢ - إذا لم يقم المستعير بالهدم أو القلع فالحل يكمن فى عـــدة فروض : -

أ - أن يطلب المعير من المستعير الهدم أو القلع وفـــى هــذه الحالة يتحمل المعير نفقات الإزالة .

ب - أن يطلب المعير إبقاء البناء أو الغراس مع أداء الأجــرة لمن سيقوم بالإزالة أو يتولى هو (أى المعير) الهدم أو القلع وفـــى هذه الحالة عليه أن يعوض المستعير عن النقــص فــى البنــاء أو الغراس .

حـــ - أن يطلب المعير تملك البناء أو الغراس بقيمته .

د- إذا كانت العارية لغرض الزراعة ففى هذه الحالة لايجـوز للمعير الرجوع فيها إذا لم يكن الزرع قد نضج إذ عليـــه والحـــال

كذلك ابقاء المستعير إلى وقت الحصاد مع حقه فى اقتضاء أجـــرة منه [١٩٤] .

٢ - العارية المؤقتة : -

-إذا كانت العارية مؤقتة وقـــام المســتعير بالبناء أو الغراس فإما أن يكون ذلك أثناء ســريان العقــد أو بعــد انتهائه : -

أ- فإذا كان أثناء سريان العقد فلا يجوز للمعير إخراجه قبــل انتهاء المدة فإن خالف وأخرجه فهو ضامن لقيمة البناء أو الغــواس مقوما بيوم إخراج المستعير [١٩٥] .

-وثمة حالة قد تثير اللبس وهى إذا كانت الإعارة للزراعـــة وقام المستعير بزراعة الأرض فعلا ولكن متـــأخرا عــن الوقــت الطبيعى لبدء الزراعة مما سيبقى الزرع فى الأرض بعد انتهاء مدة العارية (خاصة وأن مدتها تتسع عادة للزرع والجنى) ففـــى هــذه

---

(١٩٤) المغنى لإبن قدامة - السابق نفس الموضع ، مغنى المحتاج جـــ ٢ ص ٢٧١ وما بعدها، الأم للإمام الشافعى جـــ ٣ ص ٣٦٦ .

(١٩٥) الأم للإمام الشافعى جـــ ٣ ص ٣٦٦ .

الحالة يجوز للمعير طلب إزالة الغراس بدون مقابل أى بلا تعويض للمستعير [١٩٦] .

ب- إذا كان البناء أو الغراس بعد انتهاء مدة العارية ففى هذه الحالة اتفق المالكية والشافعية على إجبار المستعير على هدم البناء أو قلع الغراس .

-ولكن ثار التساؤل : حول مدى إلزام المستعير فى هذه الحالة بتعويض المعير ؟

- يرى المالكية أن المستعير لايلتزم بتعويض المعير لأنه كان مأذونا له فى ذلك بداية وهو ما يميزه عن الغاصب الذى يغرم قيمة الهدم أو القلع وإعادة الحال إلى ما كانت عليه [١٩٧] .

-أما الشافعية والحنابلة فيرون أن على المستعير أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وحكمه فى ذلك حكم الغاصب للحديث :

---

(١٩٦) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٧٣ .

(١٩٧) الشرح الصغير - جـ ٣ ص ٥٧٤ ، ٥٩٤ .

«ليس لعرق ظالم حق»[١٠٨] . فدل ذلك على أن يد المستعير بعـــد انقضاء مدة العارية هى يد غاصب .

-بقيت نقطة هامة وهى إذا كانت الإعارة للبناء أو الغـــراس فهل يجوز للمعير الرجوع فيها ؟

-للإجابة على التساؤل نفرق بين ثلاثة فروض : -

١- إذا لم يكن المستعير قد قام بالبناء أو الغراس فللمعــير أن يرجع فى عاريته لأنه لاضرر يلحق المستعير فى هذه الحالة .

٢- إذا بنى المستعير أو غرس فلا يجوز للمعير الرجوع فــى عاريته بل لا يجوز له إجبار المستعير على ذلك حتى لو عـــرض عليه تعويضه إلا أن يرضى المستعير .

---

(١٠٩) أصل الحديث هو رواية عن عروة بن الزبير قال : أن رسول الله صلـــى الله عليه وآله وسلم قال : «من أحيا أرضا فهى له وليس لعرق ظالم حـــق» قـــال : ولقد أخبرنى الذى حدثنى هذا الحديث : أن رجلين اختصمـــا إلـــى رســـول الله . صلى الله عليه وآله وسلم غرس أحدهما نخلاً فى أرض الآخر فقضى لصـــاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها . قال : فلقـــد رأيتـــها وإنها لتضرب رؤوسها بالفؤوس وانها لنخل عُم » . رواه أبو دواد والدارقطنـــى - انظر نيل الأوطار للشوكانى حـــ ٥ ص ٣٥٩ .

-وعبارة «نخل عُم» جمع عميمة وهى الطويلة أى كان النخل طويلاً وتلـــك كنايـــة عن أنه صالح للإثمار ولكن إزالة الغصب أولى من إبقاء النخل تطبيقاً لقـــاعدة : «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح »

٣- أما إذا تهدم البناء أو الغراس أو قام المستعير بذلك طواعية فلا يملك إعادته مرة أخرى وللمعير استرداد أرضه دون مطالبة المستعير بقيمة إعادة الحال إلى ما كانت عليه لأن المعير رضى بهذا الوضع عند بدء العارية حيث يعلم بأن العقد أبرم لأجل البناء أو الغراس[١٩٩] .

ثانيا : الغراس غير الارادى :

-هذه الحالة هى حالة إلتصاق بالحمل

وصورتها أن يحمل السيل بذورا أو أرضا وينقلها لتلتصق بأرض أخرى فما هو الحكم فى هذه المسألة ؟

-نفرق بين حالتين للحمل وهما حمل البذور وحالة حمل النوى أو أرض بشجرها .

١- حمل البذور :

-إذا حمل السيل بذورا من أرض لأرض أخرى نبت فيها فقد اختلف الفقهاء إلى رأيين : -

-الأول :

- ذهب أصحاب الشافعى إلى أن صاحب البذور يجبر على قلعها أو قلع نبتها إذا طالبه مالك الأرض بذلك لأن الإنبات

(١٩٩) المغنى لإبن قدامة حـ ٧ ص ٣٥١ - ٣٥٢ .

حدث فى ملك غيره وبغير إذنه فأشبه ذلك ما لو انتشرت أغصان الشجرة فى هواء ملك جاره .

- الثانى :

- يرى الحنابلة أن صاحب البذور التى نبتت لايجبر على قلعها لأن فى القلع إتلاف للمال على مالكه رغم أنه لم يحدث منه تفريط ولايدوم ضرره إذ أن مآله إلى الحصاد . وذلك على العكس من القياس بأغصان الشجر لأن ضررها دائم ولايعرف مقدار ما سيشغل من الهواء من هنا وجب على صاحب الأغصان أجر ما شغل من هواء الجار .

- وعلى ذلك يبقى النبات فى الأرض إلى يوم حصاده على أن يدفع صاحبه أجرا لصاحب الأرض مدة مكث النبات فيها .

- ولقد ذهب رأى إلى عدم وجوب الأجر على صاحب النبات لأنه حصل فى أرض غيره بدون تفريط منه . إلا أنه يعترض على ذلك بأن مقتضيات التوازن بين الطرفين تقتضى الإبقاء على النبات وفى مقابله أداء الأجر خاصة وأن عدم الأجر لمالك الأرض فضلا عن أنه لاينتفع بها يمثل ضررا له وإبقاء لوضع لم يأذن فيه وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض وهو ما لايجوز .

- أما إذا اختار صاحب النبات قلعه فله ذلك وعليه إعادة الأرض إلى ما كانت عليه قبل الإنبات من تسوية الحفر وما نقص من الأرض لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه[٢٠٠].

٢- حمل النوى أو أرضا بشجرها :

- إذا حمل السيل نوى أو أرضا بشجرها إلى أرض الغير ونبت فيها كالزيتون والنخيل ففي هذه الحالة اتفق الشافعية والحنابلة على أن الشجر لمالك النوى لأنه من نماء ملكه إلا أنه يجبر على قلعه لأن ضرره يدوم كأغصان الشجر المنتشرة فى هواء ملك غيره.

- أما إذا آثر مالك النوى أو الشجر المنتقل بأرضه تركها لصاحب الأرض التى انتقل إليها فلا يجبر على نقله ولايلزمه أجر فى هذه الحالة لأن النقل تم بغير تعد منه ولا تفريط ويكون أمام صاحب الأرض المشغولة بتلك الأشجار إما أن يبقى عليها أو يقلعها [٢٠١] .

---

(٢٠٠) المغني لإبن قدامة – السابق ص ٣٥٥ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٧٣ .

(٢٠١) مغنى المحتاج – السابق نفس الموضع ، المغنى لإبن قدامة – السابق ص ٣٥٦ .

الخاتمة

- عقد العارية من العقود الهامة إذ بواسطته يمكن تبادل المنافع دون مقابل سواء كانت هناك ضرورة اقتصادية لذلك - كوقت الأزمات- أم لم تكن لأنه عموما ضرب من ضروب الإحسان بين الناس ولهذا كان طبيعيا أن يجد مناخا مناسبا له في ثنايا الفقه الإسلامي والذي ينبع من مبادئ شريعتنا الغراء التي تدعو إلى التراحم والتسامح بين الناس جميعا .

- ورغم أن عقد العارية ليس بالعقد المستحدث إلا أنه لم ينل حظه الواجب من العناية في نطاق القانون الوضعي فلم يلتفت إليه الكثير بالإهتمام الكافي فضلا عن أن من تناولوه لم يتناولوه بالقدر الذي يتوازى مع ما لهذا العقد من أهمية .

- ونظرا لقلة ما كتب في العارية في نطاق القانون المدني فقد اعتمدنا على ما خطه فقهاء شريعتنا الغراء بدرجة كبيرة مما أتاح لنا الوقوف على معالجة متكاملة - قدر الإمكان - يمكن الاعتماد عليها في نطاق القانون المدني مستقبلا .

- ولقد أسهب فقهاء شريعتنا الغراء فى تناول هذا العقد وبيان أهميته على الصعيدين الدينى والدنيوى فالعارية من أوسع أبــواب البر والخير بل هى من جملة خصال من حرص على إتيان واحــدة منها ابتغاء مرضاة الله دخل الجنة للحديث : «أربعــون خصلــة . أعلاهن منيحة العنز - ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها إلا أدخلة الله بها الجنة » . ولقد سبق وبينــا أن المقصود بالمنيحة العطيه والمقصود هو إعطاء الماعز أو الشــاة أو الناقة أو غيرها من إناث الماشية المدرة للبن على ســبيل العاريــة ليستفيد منها الغير وما ورد فى كتب الفقه الإســلامى ســواء مــن الأحاديث أو أقوال الفقهاء هو على سبيل القياس عليه بما يناسبه من مستحدثات هذه الأيام .

- والعارية إما أن تكون مطلقة من قيد الزمان أو المكان وقــد تكون مقيدة بزمان أو مكان كمن يعر سيارته لشخص ويشترط عليه الانتفاع بها فى دائرة جغرافية معينة بل يمكــن أن تقيــد العاريــة بموضوع الانتفاع ذاته كأن يشترط عدم البناء على الأرض المعارة مع جواز الغراس مثلا .

- ولقد اختلف فقهاء شريعتنا الغراء حول مدى لزوم العارية فيرى الأحناف والحنابلة والشافعية أن عقد العارية غير لازم فيجوز للمعير أو المستعير التحلل منه وقتما يشاء أحدهما أو كلاهما يستوى فى ذلك العارية المطلقة والمؤقتة وحجتهم فى ذلك أن المنافع توجد بالتدريج فما هو قائم منها فقد استوفاه المستعير بالقبض أما ما لم يستوفه فلم يقبضه ولذلك لم يتعلق حقه به مما يجيز رجوع المعير دون أن يعد ذلك تعدياً على حق المستعير وإن كان بعضهم لا يحبذ ذلك لمخالفته قوله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» .

- أما المالكية فيرون لزوم العارية لا فرق فى ذلك بين المطلقة والمؤقتة ويجب على المعير الالتزام بالعقد حتى نهايته إن كان مؤقتاً أو انقضاء الغرض الذى عقدت لأجله العارية المطلقة كالزراعة مثلاً لزرعة واحدة .

- أما فى نطاق القانون المدنى فالعارية عقد لازم إعمالاً لمبدأ: «العقد شريعة المتعاقدين». وتسرى على العارية الأحكام الخمسة فالأصل فيها الاستحباب أى الندب لقوله تعالى: «ولا تنسوا الفضل بينكم» . وهى تكون واجبة إذا كانت إعارة الشيء لازمة

لدفع الضرر فما لم يندفع ضرره إلا بالإعارة كأن حكمه الوجوب وهى مباحة لأن الأصل فيها تحصيل الثواب وللمرء أن يقدم على ذلك أو يحجم بحسب إرادته وهى محرمة فى بعض المواضع من ذلك عدم جواز إعارة الخادمة الجميلة لغير محرم لها خشية الفتنة ولا تجوز إعارة السلاح لغير المسلم حتى لا يستعن به على حرب المسلمين ويحرم إعارة المصحف للكافر - وتكون مكروهة إذا خشى من ورائها المعصية فيكره من الرجل استعارة أحد أبويه وإن علا للخدمة عنده وذلك صيانة لهما .

- أساس التزام المستعير بضمان العارية هو انتفاعه بها والذى يستتبع التزامه بضرورة المحافظة عليها .

- ويمارس المستعير حقه فى الانتفاع بالعارية فى حدود ما يقضى به الاتفاق أو بما جرى عليه العرف والعادة ويجب على المعير عدم التعرض له أو الاتيان بتصرفات تتعارض مع حقه فى الانتفاع فلا يجوز له بيع الشىء المعار أو رهنه وإن كانت ترد على هذا الأمر بعض التحفظات فى نطاق الفقه الإسلامى خاصة عند من يرون أن العارية عقد غير لازم مما يتيح للمعير جواز الرجوع فيه ومن باب أولى التصرف فى العارية بالبيع والرهن

ونحوه . أما إذا استحق الشيء المعار فالأصل عدم الرجوع على المعير إلا إذا اتفق على ضمانه للإستحقاق أو إذا تعمد إخفاء سببه لأن ذلك يعد من قبيل الغش ولا شك أن تضييق نطاق مسئولية المعير على هذا النحو سببه أنه متبرع ولذلك لو ثبت أن العارية عقدت استثناء لمصلحة المعير فلا يستفد من هذا التضييق .

– ولقد فرق المالكية بين التعدى على المنفعة والتعدى على الرقبة فالأول هو ما يسمى بالتعدى أما الثانى فهو الغصب . وإذا وقع التعدى على حق المستعير فى الانتفاع كان على المعتدى الضمان سواء كان المعير أو غيره وهذا هو مذهب الجمهور وخالفهم الأحناف فهم يرون أن غصب المنفعة لايوجب الضمان سواء استوفى الغاصب المنفعة بنفسه أو اكتفى بحرمان المنتفع منها واحتجوا لما ذهبوا إليه بأن الضمان لا يتحقق إلا إذا ترتب على الغصب تفويت يد المالك ولاشيء يتحقق من ذلك فى غصب المنافع لأنها أعراض تحدث شيئا فشيئاً على حسب حدوث الزمان فلا يتصور وجودها فى يد المالك ثم تنتقل إلى يد الغاصب فهى لا تبقى وقتين . يضاف لذلك أن الضمان يتعلق بالإتلاف ويستحيل إتلاف المنافع لأنها معدومة قبل وجودها والإتلاف لايرد على المعدوم .

- وفيما يتعلق بسلطة المستعير فى إعارة العارية فذلك أمــر غير جائز فى نطاق القانون المدنى إلا إذا أذن المعير فى ذلك حتى وإن حدث فلا تنشأ علاقة مباشرة بين المعير والمستعير من الباطن وإنما يتوسط بينهما المستعير الأصلى .

- أما فى نطاق الفقه الإسلامى فقد اختلف الفقــهاء ومكمــن اختلافهم يدور حول طبيعة سلطة المستعير على العارية . فالحنابلة وفى أحد أقوال الشافعية - يرون عدم جواز الإعارة لأن العاريــة تعنى اباحه المنفعة وليس تمليكها ومن كان شأنه ذلك فلا يســتطيع أن يبيح لغيره . أما الحنفية والمالكية - وبعض الشافعية - فيجيزون الإعارة من قبل المستعير لأن العارية عندهم تمليك للمنفعة بغــير عوض ولهذا يجوز للمستعير تمليكها لغيره.

- وإذا كان من أثر عقد العارية منح الانتفاع للمستعير ففــى مقابل ذلك عليه الالتزام بالمحافظة ولقد تشدد المشرع فــى مقــدار العناية الواجبة فعلى المستعير - فى سبيل المحافظة على العاريــة - أن يبذل من العناية ما يبذله فى المحافظة على ماله دون أن يــنزل عن عناية الرجل المعتاد وبذلك جمع المشرع بين المعيار الشخصى

(العناية الواجبة فى حفظ ماله) والمعيار المـادى (عنايـة الرجـل المعتاد) .

– أما فى نطاق الفقه الإسلامى فلم يتناول فقهاؤه مسألة مقدار العناية الواجب على المستعير بذلها فى سبيل المحافظة على العارية مكتفين فى ذلك بالخطاب العام الوارد فى القرآن والسنة وتلك مزية يتفرد بها الفقه الإسلامى دون القوانين الوضعية إذ هو فضلاً عـن تناوله لأحكام مخصوصة إلا أنه وضع إطاراً عاماً يمكـن إعمالـه بالقياس أو الاستصحاب لمعالجة الأمور التى لم يرد بشـأنها حكـم خاص . ومن ذلك قوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » . والعارية أمانة ولايمكن ردها إلا بالمحافظـة عليـها حتى يمكن إعادتها بحالتها إلى المعير . وكذلك قوله صلى الله عليـه وآله وسلم : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » والمسـتعير أخـذ العارية من صاحبها فهى فى ضمانه حتى يعيدها له ولن يتأتى لـه ذلك إلا بالمحافظة عليها .

– وإذا هلكت العارية بقوة قاهرة فـالأصل عـدم مسـئولية المستعير عن ذلك إلا أن المشرع ألزمه بالضمان فى حالة مـا إذا ثبت أنه كان بمقدوره تحاشى أثر القوة القاهرة بأن يستعمل شيئاً من

ملكه الخاص بدلا من الشيء المعار أو كان مخيرا بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فآثر إنقاذ ما يملك والمشرع بذلك يحدث نوعا من التوازن بين تفضل المعير وما يجب أن يقابله من إيثار لدى المستعير وبين موقف الأخير الذى ينم عن الأثرة والتى يناسبها تجميله - تبعة القوة القاهرة على نحو ما سبق وهذا ما اتجه إليه الشافعية وإن كانوا قد أطلقوا تحميل المستعير تبعة القوة القاهرة حتى ولو لم يستعمل العارية استنادا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فى حديث صفوان « بل عارية مضمونة » .

– أما بالنسبة لما قد ينفقه المستعير من مصروفات على العارية فإن له استرداد الضرورى منها واللازم لحفظ الشيء أما المصروفات النافعة فيطبق عليها الحكم الوارد فى المادة (٩٢٤) من القانون المدنى والخاص بالبناء أو الغراس فى أرض الغير بسوء نية وهو أمر مفترض فى المستعير - حالئذ - لعلمه بعدم ملكيته للعارية وعدم جواز انفاقه لهذه المصروفات . أما المصروفات الكمالية فلا يجوز للمستعير المطالبة بها طالما كان انفاقها بسبب إعداد الشيء للإستعمال وله نزع ما أقامه مع إعادة الشيء لحاله.

- فإذا ثبت حق المستعير فى استرداد المصروفات الضرورية ورفض المعير فإن القواعد العامة فى القانون المدنى (م ٢٤٦) تجيز له الحق فى حبس العارية حتى يقتضى حقه .

- ولقد اختلف فقهاء شريعتنا الغراء حول هذه النقطة فبينما يرى البعض إلزام المستعير بالإنفاق على العارية بما يحفظها دون رجوعه على المعير ويكفى تفضله عليه بالعارية وتمكينه من الانتفاع بها يرى البعض الآخر إلزام المعير بنفقات حفظ وصيانة العارية لأن ملك الرقبة ما زال له فإذا تكبد المستعير هذه النفقات فله حبس العارية حتى يقتضى حقه .

- ليست ليد الحائز طبيعة واحدة فهى قد تكون يد أمانة وهى التى تحوز بسند شرعى لمصلحة الحائز وغيره وقد تكون يد ضمان وهى التى تحوز لمصلحة صاحبها ونفعه وحده وعلى ذلك يختلف الضمان باختلاف طبيعة اليد فإذا تلف المال تحت يد الأمانة فلا ضمان على صاحبها طالما لم يتعد أو يفرط وعلى العكس من ذلك لو تلف المال تحت يد الضمان فهو مضمون سواء كان الهلاك أو التلف بفعل الضامن أو بغير فعله .

- ولقد أثير التساؤل حول مدلول كل من التعدى والتفريط . فالتعدى فعل إيجابى يقصد به تجاوز الحدود المشروعة إلى غير المشروع كمن يستعمل العارية- عمدا- بطريقة تعرضها للتلف أو الهلاك . أما التفريط فهو فعل سلبى أو ما يسمى بالإهمال الجسيم ويتحقق بترك حفظ العارية حتى تصاب بالهلاك أو التلف وأياما كان من الأمر فإن التعدى والتفريط يجمعهما معنى واحد وهو مجاوزة الحدود الشرعية فى حفظ الأمانة .

- وثمة تساؤل آخر أثير حول مدى حق الطرفين فى الاتفاق على جعل يد الأمانة يد ضمان ؟ اتجه الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى بأن مثل هذا الشرط يلغو ويصح العقد بدونه لأن الأصل فى يد الأمانة عدم الضمان طالما لم يحدث تعدى أو تفريط واشتراط الضمان ينافى مقتضى العقد . بينما اتجه البعض إلى أن القواعد المنظمة لمسئولية المستعير ليست من النظام العام مما يتيح للطرفين الاتفاق على تشديد المسئولية بجعل يد الأمانة يد ضمان .

- ولقد اختلف الفقه حول ضمان العارية وأساس هذا الخلاف هو الاختلاف حول طبيعة يد المستعير . فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن يد المستعير يد ضمان ولذلك فهو يضمن العارية

مطلقا ولايقدح فى ذلك اشتراطه عدم الضمان فهو شرط باطل ولا يؤثر على صحة العقد . وعلى العكس من ذلك ذهب الأحناف إلى أن يد المستعير يد أمانة والأصل فيها عدم الضمان ولهذا اختلفوا فيما بينهم فى سبب وجوب الضمان فبينما ذهب بعضهم إلى تحول يد المستعير إلى يد ضمان بالتعدى أو التفريط - وهو ما رجحناه - ذهب البعض الآخر إلى أن الضمان لايثبت فى جانب المستعير إلا بالإشتراط فطالما لم يتفق الطرفان على الضمان تظل يد المستعير يد أمانة ولا تنقلب إلى يد ضمان فى أى حال .

- ولقد ثار التساؤل حول الوقت الذى تقدر فيه قيمة التالف أو الهالك من الشيء المعار وانتهينا إلى أن ذلك منوط بوقت الحكم فى الدعوى ولقد اختلف رجال الفقه الإسلامى حول تلك المسألة فذهب الحنابلة إلى أن التقدير يكون يوم تلف العارية ولذلك لايدخل فى حساب القيمة الأجزاء التالفة بالإستعمال لأنها تخرج من نطاق الضمان . أما الأحناف والمالكية فيرجعون تقدير القيمة إلى يوم التعدى الموجب للضمان . ويفرق الشافعية بين ما إذا كانت العارية من المثليات فيضمنها المستعير بقيمتها يوم التلف أما إذا كانت من القيميات فيضمنها بأعلى قيمة من يوم القبض إلى يوم التلف .

- قد يقوم المستعير بالبناء أو الغراس مما ينشئ حاله إلتصاق بالأرض المعارة .

- ولقد تناول المشرع حكم الالتصاق فى هـذه الحالـة فـى المواد: (٩٢٤-٩٢٦) من القانون المدنى مفرقا فى ذلك بين البـانى حسن النية والبانى سئ النية والمفرق بين الاثنين هو أن خيار طلب الازالة أو استبقاء المنشآت يكون بيد المعير فى حالـة سـوء نيـة المستعير بينما يكون بيد الأخير طالما كان حسن النية . وكذلـك إذا استبقيت المنشآت وكان البانى سئ النية كان للمالك (المعير) اعطاء أقل القيمتين فإما قيمة المنشآت مستحقة الازالة أو قيمة ما زاد فـى ثمن الأرض بسبب تلك المنشآت وعلى العكس من ذلك لـو كـان البانى (المستعير) حسن النية كانت له أقل القيمتين فإما قيمة المـواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت .

- أما فى نطاق الفقه الإسلامى فقد فرقنا بين مـا اصطلحنـا على تسميته بالبناء أو الغراس الارادى وبين الغراس غير الارادى.

- فإذا كان البناء أو الغراس بفعل المستعير وكانت العاريـة مطلقة وطالب المعير باسترداد أرضه فإذا وجد اتفاق بين الطرفيـن على حكم البناء أو الغراس فيجب اعماله فإن لم يوجد مثـل هـذا

الانفاق فإما أن يقوم المستعير بالإزالة اختيارا أو يطلب منه المعير ذلك إذا لم يطلب استبقاء المنشآت مع دفع قيمتها .

- أما إذا كانت العارية مؤقتة وقام المستعير بالبناء أو الغراس وكان ذلك أثناء سريان العقد فلا يجوز للمعير إخراجه وإلا ضمن قيمة البناء أو الغراس إلا إذا كانت العارية للزراعة وتأخر المستعير عن الوقت المألوف لبدء الزراعة بما يعنى استمرار الزرع فى الأرض حتى بعد انقضاء موسم الحصاد فى هذه الحالة يجوز للمعير طلب إزالة الغراس دون تعويض للمستعير .

- أما إذا كان البناء أو الغراس بعد انتهاء العارية ففى هذه الحالة يجبر المستعير على الهدم أو القلع وذهب المالكية إلى عدم إلزامه بتعويض المعير لأنه لا يأخذ حكم الغاصب حيث كان مأذونا له بما فعل فى حين يرى الشافعية والحنابلة الزامه بأجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان . لأن يده كانت يد غاصب لحديث «ليس لعرق الظالم حق » .

- وثمة حالة للغراس يكون فيها غير إرادى بأن يحمل السيل بذورا أو نوى أو أرضا بشجرها إلى أرض أخرى .

- فإذا حمل السيل بذورا إلى أرض أخرى ونبتت فالشـــافعية يرون إجبار صاحبها على القلع لأن الإنبات حدث فى الأرض بغير اذن مالكها فأشبه ذلك انتشار أغصان الشجر فى هواء ملك الجـــار وعلى عكس ذلك يرى الحنابلة عدم إجباره علـــى القلـــع لأن فيـــه إتلاف للمال فضلا عن أن ضرره لا يدوم على عكـــس أغصـــان الشجر .

- أما إذا حمل السيل نوى أو أرضا بشجرها إلى أرض الغير ونبت فيها كالزيتون والنخيل فالشافعية والحنابلة يرون أن الشـــجر لمالك النوى لأنه من نماء ملكه إلا أنه يجبر على القلع لأن ضـــوره يدوم كأغصان الشجر المنتشرة فى هواء ملـــك الجـــار إلا إذا رأى تركها لمالك الأرض ففى هذه الحالة لايجبر على القلع ولا يلزمـــه الأجر .

وبالله التوفيق .

قائمة المراجع

أولاً - القرآن الكريم :-

- تفسير القرطبى - الجامع لأحكام القرآن للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرح الإنصارى القرطبى ، طبعة دار الغد العربى .

ثانياً - كتب الحديث :-

١ - جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى - للحافظ أبو عيسى بن موسى بن سورة الترمذى - مطبعة الفجالة - القاهرة .

٢ - سبل السلام . شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى .

٣ - فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، طبعة دار الريان للتراث .

٤ - نيل الأوطار - شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشيخ الإمام المجتهد قاضى قضاة القطر اليمانى محمد بن على بن محمد الشوكانى - طبعة مصطفى البابى الحلبى .

ثالثاً - اللغة العربية :-

- لسان العرب لإبن منظور - طبعة دار المعارف .

رابعاً - الفقه الإسلامى :-

١ - أسنى المطالب . شرح روض الطالب لأبى يحيى زكريا الأنصارى - طبعة ١٣١٣ هـ .

٢ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبى بكر بن قيم الجوزية .

٣ - الأشباه والنظائر لزين الدين بن ابراهيم بن نجيم - تحقيق محمد مطيع الحافظ - الطبعة الأولى - دار الفكر .

٤ - الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر محمد السيوطى - طبعة مصطفى الحلبى .

٥ - الأم لأبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى - طبعة دار الغد العربى .

٦ - الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوى .

٧ - البحر الرائق - شرح كنز الدقائق لزين الدين ابراهيم بن محمد بن نجيم المصرى ، طبعة دار الكتاب العربى - القاهرة .

٨ - البيان والتحصيل لأبى الوليد بن رشد القرطبى طبعة ١٩٨٨ .

٩ - الذخيرة للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى طبعة ١٩٩٤ .

١٠ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى - مكتبة الرياض الحديثة .

١١ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع - مختصر المقنع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل لشرف الدين أبى النجا موسى بن أحمد الحجاوى والشرح لمنصور بن يونس البهوتى - مكتبة الثقافة - بيروت .

١٢ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبهامشه حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى - دار المعارف - ط ١٣٩٣هـ .

١٣ - الشرح الكبير علي متن المقنع - مطبوع مع المغنى لعبد الرحمن بن أحمد بن قدامة المقدسى - دار الكتب العلمية - بيروت .

١٤ - الشرح الكبير علي مختصر خليل للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، طبعة عيسى الحلبى .

١٥ - العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لإبن عابدين - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .

١٦ - الفتاوى المهدية - الناشر المطبعة الأزهرية بمصر .

١٧ - الفتاوى الهندية علي مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان من وضع جماعة من علماء الهند .

١٨ - المبسوط لمحمد بن أحمد السرخسى - دار المعرفة - بيروت .

١٩ - المجموع شرح المهذب لأبى زكريا محمد محيى الدين يحي بن شرف النووى - مكتبة الإرشاد - جدة .

٢٠ - المحلى لأبى محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى - طبعة ١٣٥٠ هـ .

٢١ - المدونة الكبرى للإمام مالك - رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى ومعها مقدمات بن رشد - طبعة دار الفكر .

٢٢ - المغنى . لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى الجماعيلى الدمشقى الصالحى الحنبلى - طبعة دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان .

٢٣ - المهذب لإبراهيم على الفيروزابادى الشيرازى - مكتبة الإرشاد - جدة .

٢٤ - الهداية شرح بداية المبتدئ وشرح فتح القدير لشيخ الإسلام برهان الدين أبو الحسن على بن أبى بكر الميرغنانى - طبعة دار الفكر .

٢٥ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء - طبعة دار الفكر العربى - بيروت - لبنان الطبعة الثانية ١٩٨٢ .

٢٦ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن على الزيلعى - دار المعرفة - بيروت .

٢٧ - تكملة المجموع للشيخ محمد نجيب المطيعي - التكملة الثانية - مكتبة الإرشاد - بغداد .

٢٨ - حاشية الدسوقى علي الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقى - مطبعة دار إحياء الكتب العربية - مكتبة عيسى البابى الحلبى .

٢٩ - شرح الخرشى لأبى عبد الله محمد الخرشى - الطبعة الثانية عام ١٣١٧ هـ - المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق .

٣٠ - شرح الشيخ عبد الباقى الزرقانى علي مختصر خليل - دار الفكر طبعة ١٩٧٨م .

٣١ - شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى - طبعة دار الفكر .

٣٢ - غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموى - شرح الأشباه والنظائر لزين الدين ابراهيم بن محمد بن نجيم المصرى - دار الكتب العلمية .

٣٣ - كشاف القناع على متن الاقناع لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتى .

٣٤ - مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب - مطبعة مصطفى البابى الحلبى طبعة ١٩٥٨ .

٣٥ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب .

٣٦ - نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة - المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٣٧ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد بن أبى العباس الرملى - طبعة مصطفى الحلبى .

- كتب فقهية حديثة :

٣٨ - أصول الفقه الإسلامى . د. عبد المجيد مطلوب - طبعة ١٩٩١ .

٣٩ - أصول الأحكام الشرعية . د. يوسف قاسم . طبعة ١٩٩١ .

٤٠ - الضمان فى الفقه الإسلامى . للشيخ على الخفيف .

٤١ - الفقه الإسلامى - مدخل لدراسته - نظام المعاملات فيه . د. محمد يوسف موسى - طبعة ١٩٥٨ .

٤٢ - مجمع الضمانات لغياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادى - طبعة عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٧ هـ .

٤٣ - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا - المطبعة الأميرية ببولاق - ١٣٠٨ هـ .

خامساً - القانون المدنى :-

- د. الهادى السيد عرفة - المسئولية الناشئة عن وضع اليد - رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - عام ١٩٨٤ .

- د. حسام الأهوانى - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الالتزام . طبعة ١٩٩٥.

- د. حسين عامر - المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - طبعة أولى - مطبعة مصر .

- د. حمدى عبد الرحمن : مصادر الالتزام - المصادر غير الإرادية طبعة ١٩٩٩.

- د. شفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ط ١٩٦٣ .

- د . طلبة وهبة خطاب - نظام الملكية - حق الملكية بوجه عام - أسباب كسب الملكية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى .

- د. عبد الرزاق أحمد السنهورى :

- الوسيط - العقود الواردة على الانتفاع بالشئ - الإيجار والعارية طبعة ١٩٦٣ .

- أسباب كسب الملكية - الجزء التاسع طبعة ١٩٦٨ .

- العقد - طبعة ١٩٨١ .

- د. عبد المنعم البدراوى : -

- النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام طبيعة ١٩٧١ .

- حق الملكية . طبعة ١٩٧٣ .

- مبادئ القانون الرومانى بالاشتراك مع د. محمد عبد المنعم بدر طبعة ١٩٥٤ .

- د. محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٨٦ .

- د. محمد كامل مرسى : -

- العقود المدنية الصغيرة طبعة ١٩٣٨ .

- شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماة طبعة ١٩٤٩ .

د. محمود جمال الدين زكى : -

- مبادئ القانون المدنى فى العقود المسماة - دار الفكر العربى .

- الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٧٥ .

- د. محمد لبيب شنب : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٩٦ .

- د . مصطفى عبد الحميد عدوى : المصادر غير الإرادية .

- د. منصور مصطفى منصور : حق الملكية فى القانون المدنى المصرى طبعة ١٩٦٥ .

فهـــــرس البحث

رقم الإيداع
٢٠٠٧ / ١٦٩٨٨